

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise, 2ème éd.

Davio, Etienne; Montero, Etienne

Published in:

Guide juridique de l'entreprise

Publication date:

1996

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Davio, E & Montero, E 1996, Aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise, 2ème éd. Dans *Guide juridique de l'entreprise*. VOL. 37, Kluwer, Bruxelles.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

GUIDE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

2^e édition

Titre III – Livre 37

Aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise

Etienne DAVIO

Assistant aux Facultés universitaires de Namur

Faculté de Droit

Chercheur au C.R.I.D. (Centre de Recherches Informatique et Droit)

Etienne MONTERO

Maître de conférences aux Facultés universitaires de Namur

Faculté de Droit

Chercheur au C.R.I.D. (Centre de Recherches Informatique et Droit)

KLUWER

ÉDITIONS JURIDIQUES

BELGIQUE

Table des matières

INTRODUCTION	7
010. De l'autonomie du droit de l'informatique	7
020. Un renvoi au droit commun	7
030. Des questions spécifiques	8
040. Plan de l'exposé	8
 CHAPITRE 1. LES CONTRATS DE FOURNITURES INFORMATIQUES	10
 SECTION 1. <i>LA COMPLEXITÉ DE L'OBJET</i>	10
§ 1. L'OPÉRATION D'INFORMATISATION: ASPECTS TECHNIQUES	10
050. Les composantes d'un système informatique	10
060. Les étapes de l'informatisation	11
 § 2. LA PLURALITÉ DES PRESTATAIRES DE SERVICES	12
070. La multiplicité des contrats de l'informatique	12
080. Les dangers de l'isolationisme contractuel	13
090. La reconnaissance d'une interdépendance contractuelle	14
 SECTION 2. <i>LA FORMATION DES CONTRATS DE L'INFORMATIQUE</i>	17
§ 1. RAPPEL DES PRINCIPES DE DROIT COMMUN	17
100. Le principe de bonne foi dans la conclusion du contrat	17
110. Les sanctions des obligations de la phase précontractuelle	19
 § 2. LE DEVOIR DE CONSEIL DU FOURNISSEUR EN INFORMATIQUE	20
120. Généralités	20
130. Le devoir précontractuel de renseignement: renseigner et se renseigner	21
140. La clause de parfaite information	22
150. Le devoir de conseil du fournisseur informatique	22
160. Le devoir de mise en garde	23
170. Les limites de l'obligation d'information	23

§ 3. LA PORTÉE JURIDIQUE DES DOCUMENTS DE LA PÉRIODE PRÉPARATOIRE	24
180. Position de la question	24
190. Documents préparatoires	25
200. L'offre et l'acceptation	26
210. Exclusion des documents préparatoires: la clause «des quatre coins»	26
220. Inclusion des documents préparatoires	27
 SECTION 3. <i>LA QUALIFICATION DES CONTRATS DE FOURNITURES INFORMATIQUES</i>	 28
230. Pourquoi qualifier?	28
240. Comment qualifier?	28
 § 1. LES CAS SIMPLES	 29
250. La fourniture de matériel informatique	29
260. Le développement de logiciel sur mesure	29
 § 2. LES OPÉRATIONS COMPLEXES	 29
270. Le contrat «clé en mains»	29
280. Le contrat à qualification unique	30
290. Le «contrat mixte»	30
 § 3. LES OPÉRATIONS SUR LOGICIELS STANDARD	 31
300. Une question vivement controversée	31
310. La thèse de la vente: exposé et réfutation	31
320. Précisions	33
330. La thèse du louage de chose: exposé et appréciation	34
340. La thèse du louage d'ouvrage: exposé et appréciation	34
350. En conclusion	35
 SECTION 4. <i>LE CONTENU DES CONTRATS DE FOURNITURES INFORMATIQUES</i>	 35
360. Objet et limites du chapitre	35
 § 1. LA LIVRAISON DES FOURNITURES ET LEUR ACCEPTATION	 36
370. La délivrance et l'installation	36
380. L'obligation de livrer une chose conforme	36
390. Le contrôle de la conformité	37

400. L'obligation de livrer à temps	37
410. La garantie de bon fonctionnement	38
§ 2. LES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ	39
420. Généralités	39
430. La validité des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité	40
440. Illustrations	41
450. Les clauses pénales	42
§ 3. LA RÉPARTITION DES DROITS SUR LE LOGICIEL	43
460. La notion de propriété en matière de logiciel	43
470. Un préalable au transfert des droits: la garantie d'éviction	44
480. Le partage des droits sur le logiciel	45
§ 4. LA COMMUNICATION DES CODES SOURCES	45
490. Position du problème – Que sont les sources?	45
500. L'intérêt de l'accès aux sources	45
510. Accès aux sources et attribution des droits intellectuels	46
520. Y a-t-il un droit à la communication des sources?	47
530. Le dépôt des codes sources	49
§ 5. DE QUELQUES CLAUSES PARTICULIÈRES	51
540. La définition des performances	51
550. Publicité	52
560. Confidentialité	52
570. Non-débauchage	53
CHAPITRE 2. AUTRES CONTRATS DE L'INFORMATIQUE	54
SECTION 1. <i>LE CONTRAT DE MAINTENANCE</i>	54
580. Présentation	54
§ 1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE MAINTENANCE	54
590. La maintenance-correction	54
600. La maintenance-adaptation	55
610. La maintenance-évolution	55
620. Les nouvelles versions	56

§ 2. ANALYSE CONTRACTUELLE	56
630. Point de départ du contrat de maintenance	56
640. Durée du contrat de maintenance et résolution	57
650. Conditions d'intervention et modalités d'exécution de la maintenance	58
660. Les modalités de paiement	59
 SECTION 2. <i>LE CONTRAT DE FACILITIES MANAGEMENT</i>	 60
670. Présentation	60
680. Définition et nature juridique	60
 § 1. LES ÉLÉMENTS CLÉS DU CONTRAT DE <i>FACILITIES MANAGEMENT</i>	 61
690. Objet du contrat	61
700. Durée du contrat	61
710. Evolutivité	62
720. Réversibilité	62
 § 2. LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DU CONTRAT	 63
730. Lieu de la prestation	63
740. Droits sur les éléments transférés	63
750. Questions de droit social liées à l'opération de <i>facilities management</i>	64
 BIBLIOGRAPHIE	 67
 INDEX	 69

Introduction

010 De l'autonomie du droit de l'informatique

L'apparition de l'informatique a soulevé de nombreuses questions juridiques. Il s'agissait, en effet, d'identifier les règles applicables à cet objet nouveau. Par sa nouveauté, voire son étrangeté, l'informatique a conduit certains auteurs à prédire l'indispensable émergence d'un droit nouveau, le «droit de l'informatique».

Cette approche a ensuite été radicalement rejetée, pour faire place à la constatation de «la très large emprise du droit commun»¹ en cette matière. Pour l'essentiel, le droit commun permet, en effet, d'appréhender l'opération d'informatisation. La difficulté réside alors dans la correcte qualification du fait informatique au regard des catégories juridiques existantes. En ce sens, l'informatique invite bien plus à une relecture du droit qu'à une révolution². On en conclut que le droit de l'informatique n'existe pas tout entier comme un droit autonome, «constitué d'un corps original de règles créées sous la contrainte des spécificités des produits et services issus du développement de la technologie»³.

L'appellation «droit de l'informatique» n'en reste pas moins parfaitement pertinente pour évoquer l'ensemble des règles qui ont l'informatique pour objet⁴. Ces règles sont très diverses, «les unes très classiques, les autres amendées par la fonction spécifique qu'on attend d'elles, d'autres encore entièrement neuves et conçues pour répondre à des besoins nouveaux»⁵.

C'est dans cette ligne que s'inscrit notre propos: il s'agit de rendre compte des aspects contractuels spécifiques à l'informatisation de l'entreprise, tout en gardant à l'esprit le rôle majeur du droit commun.

020 Un renvoi au droit commun

Le «droit de l'informatique» n'étant jamais que du droit dans le droit, le juriste confronté aux problèmes découlant de l'informatisation d'une entreprise devra courageusement faire application du droit commun. Il en va ainsi des grands principes du droit des obligations (principes de l'autonomie de la volonté, de la convention-loi, de la relativité des contrats...) et des règles applicables à la formation (vices du consentement, ...), à l'exécution (principe de bonne foi, ...) et à la pathologie des contrats (sanctions de l'inexécution d'obligations contractuelles, exception d'inexécution, ...)⁶.

1. M. VIVANT, C. LE STANC et alii, *Lamy droit de l'informatique. Informatique-télématique-réseaux*, Paris, Éd. Lamy, 1995, p. 1, cité ultérieurement, en abrégé, *Lamy droit de l'informatique*. Sauf indication contraire, on se réfère à l'édition 1995 de l'ouvrage.

2. Y. POULLET, 'Le droit de l'informatique existe-t-il?', *Droit de l'informatique: enjeux-nouvelles responsabilités*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 2.

3. Y. POULLET, *o.c.*, p. 8.

4. En ce sens: F. COLLART-DUTILLEUL, 'Les apports des contrats de l'informatique au droit des contrats', *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, pp. 223-244, spéc. p. 225, n° 5.

5. *Lamy droit de l'informatique*, p. 1.

6. Pour un exposé général: P. VAN OMMESSLAGHE, 'Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations', *R.C.J.B.*, 1986, pp. 33 et s.; 1988, pp. 33 et s.; *Guide juridique de l'entreprise*, Bruxelles, Kluwer Éditions Juridiques Belgique, 1995, Livres 29, 30 et 31. Pour une application d'ensemble du droit des contrats à la matière de l'informatique: J.-P. BUYLE, 'Aspects contractuels relatifs à l'informatisation', *Droit de l'informatique: enjeux-nouvelles responsabilités*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 213; M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *Le droit des 'contrats informatiques'. Principes-Applications*, Bruxelles, Larcier, 1983.

Pour l'essentiel, nous ne reproduirons pas ici ces principes. Néanmoins, il faut constater qu'à certains égards, l'informatique a fait réagir le droit commun des contrats. La spécificité de l'objet informatique amène parfois à une relecture novatrice du droit, opérée principalement par la jurisprudence, et débouche sur des réflexions originales. Nous nous intéresserons ainsi aux questions juridiques suscitées par la multiplicité des contrats habituellement nécessaires pour réaliser une opération d'informatisation. De même, les questions relatives à l'obligation d'information et aux clauses limitatives de responsabilité méritent qu'on s'y attarde car leur acuité semble maximale dans la matière informatique.

030 Des questions spécifiques

Si l'arrivée de l'informatique n'impliquait pas l'élaboration d'un droit résolument neuf et si, sur bon nombre de problèmes, les juges ont su dégager des solutions en référence au droit commun, force est de constater que sur certains points, il a fallu innover. Cela a donné naissance à des règles spécifiques à la matière informatique. Ainsi, les programmes d'ordinateur font l'objet d'une protection spécifique en vertu de la loi du 30 juin 1994¹. On songe également à la problématique de l'accès aux codes sources qui, par son originalité, commande des solutions appropriées (*voir n^{os} 490 et s. de ce livre*).

Les questions nouvelles soulevées par l'informatique débouchent également sur des contrats ou clauses spécifiques, tels que le contrat de maintenance, le contrat de *facilities management* ou les clauses relatives aux performances des produits informatiques.

040 Plan de l'exposé

L'objectif poursuivi est ambitieux: mettre en lumière les spécificités d'un contrat, en définitive, «comme les autres». Notre démarche est néanmoins modeste: il s'agit de rendre compte des aspects contractuels qui nous sont apparus les plus marquants pour qui songe à informatiser son entreprise.

Dans le Chapitre 1, nous étudierons les contrats de fournitures informatiques. Sous un angle général, nous rendrons compte de la complexité de l'objet soumis à notre étude (*section 1*), tout d'abord sous l'angle technique (§ 1) et ensuite sous l'angle des implications juridiques (§ 2). Nous envisagerons ensuite la question de la formation des contrats de l'informatique (*section 2*). Après un rappel de quelques principes du droit commun (§ 1), nous insisterons sur le devoir de conseil du fournisseur en informatique (§ 2) et sur l'importance des documents de la période préparatoire (§ 3). Une troisième section sera consacrée à l'étude de la qualification des contrats de fournitures informatiques, qu'il s'agisse de qualifier des opérations simples (§ 1) ou complexes (§ 2) ou encore de traiter des opérations sur logiciels standard (§ 3). Nous achèverons l'étude des contrats de fournitures informatiques par un examen de leur contenu (*section 4*), en attirant l'attention sur les questions de livraison (§ 1), de *limitation de responsabilité* (§ 2), de répartition des droits sur le logiciel (§ 3) et d'accès aux codes sources (§ 4). Enfin, nous évoquerons quelques clauses particulières fréquemment rencontrées dans ces contrats (§ 5).

1. À ce propos, voir n^o 460 de ce livre.

Dans le Chapitre 2, nous étudierons deux contrats particuliers. Il s'agira d'analyser le contrat de maintenance (*section 1*), tant sous l'angle de la définition des prestations qui composent la maintenance (§ 1), que sous l'angle des clauses propres à ce contrat (§ 2). Le contrat *de facilities management* retiendra ensuite notre attention (*section 2*); cette forme contractuelle semble, en effet, promise à un bel avenir.

Chapitre 1. Les contrats de fournitures informatiques

SECTION 1. LA COMPLEXITÉ DE L'OBJET

§ 1. L'opération d'informatisation: aspects techniques

050 Les composantes d'un système informatique

L'informatisation de l'entreprise ne peut se réduire à l'acquisition d'ordinateurs. Les développements récents en matière de télématique et de réseaux confirment l'idée que toute informatisation vise à mettre en place un système global d'information composé d'éléments matériels, de logiciels, d'un personnel et d'une organisation¹.

Le *matériel* est constitué, à titre principal, de l'ordinateur, qui se compose des éléments suivants²: le *processeur central* (ou C.P.U.), «cœur de tout ordinateur, exécutant les instructions contenues dans les programmes»; la *mémoire centrale* qui contient les instructions du programme en cours d'exécution, ainsi que les données en cours de traitement; une *mémoire auxiliaire* dont la finalité est d'emmagasiner des programmes et des informations à plus long terme (disque dur,...); les *organes de connexion vers l'extérieur (en entrée ou sortie)* permettant à l'ordinateur soit de prendre connaissance des informations extérieures nécessaires à l'exécution du programme en cours, soit de communiquer vers l'extérieur les résultats produits par le programme en cours (terminal, écran à tube cathodique, imprimante, lecteur de disquette, liaison vers un autre ordinateur, connexion à un réseau, modem,...). On peut encore inclure dans le matériel, les *périphériques* qui sont des équipements connexes à l'ordinateur (dispositifs de mémoire de masse et d'échange vers l'extérieur,...). C'est dans cette dernière catégorie que l'on peut inclure les réseaux de communication, qui occupent une place grandissante dans tout système informatique.

Les *logiciels* se définissent comme un ensemble de programmes³ préparés pour un ordinateur ou une classe d'ordinateurs donnés et répondant à un certain type d'objectif⁴. Ils peuvent se classer en deux grandes catégories: les logiciels de base, d'une part, et les logiciels d'application, d'autre part.

Le *logiciel de base* comprend un ensemble de programmes, généralement fournis par le constructeur de l'ordinateur, nécessaires à une utilisation optimale de l'ordinateur et de ses périphériques; ces programmes vont optimiser l'exécution des logiciels d'application⁵. Le logiciel de base contient trois types de programmes⁶. Tout d'abord, les programmes du système qui sont conçus pour diriger les diverses fonctions de l'ordinateur. Ensuite, les programmes utilitaires qui ont pour tâche de

1. J. RAMAEKERS, 'La période préparatoire: analyse des différentes étapes de la mise au point d'un système informatique', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, p. 145.

2. J. ROULIN, G. SCHEPENS et Ph. VAN BASTELAER, 'Introduction aux concepts techniques et glossaire commenté de l'informatique', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, p. 10.

3. Le programme peut être défini comme une succession d'instructions qu'un ordinateur est chargé d'exécuter et qui répondent à un objectif déterminé. Sur cette question, voir *Lamy droit de l'informatique*, p. 1548.

4. J. ROULIN, G. SCHEPENS et Ph. VAN BASTELAER, 'Introduction aux concepts techniques et glossaire commenté de l'informatique', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, p. 20.

5. *Ibid.*, p. 12.

6. J.-M. MARTIN, *Premiers contacts avec l'informatique*, H. Dessain, 1982, p. 44.

rendre des services à l'utilisateur (programmes de tri, d'édition, de création de fichiers...). Enfin, les programmes de traduction tels le *compilateur*, qui permet de traduire les programmes écrits en langage de haut niveau en des programmes en code directement exécutable par l'ordinateur, ou encore l'*assembleur*, défini comme un programme de service destiné à convertir un programme écrit en langage d'assemblage en langage machine.

Les *logiciels d'application*, quant à eux, sont des programmes permettant de résoudre les problèmes concrets de l'utilisateur du système (calcul des salaires, facturation des ventes, gestion des stocks...). Parmi les différents logiciels d'application, on distingue d'ordinaire les progiciels (ou logiciels standard), «ensemble complet et documenté de programmes conçu pour être fourni à plusieurs utilisateurs, en vue d'une même application ou d'une même fonction»¹, des logiciels sur mesure qui sont des programmes développés en vue de répondre aux besoins spécifiques d'un client.

Il faut noter toutefois que de nombreux programmes appartiennent à une catégorie intermédiaire. Ainsi, il n'est pas rare qu'un logiciel, en principe standard, soit adapté ou «paramétré» pour répondre à des besoins particuliers d'un client. Par ailleurs, les logiciels dits «sur mesure» comprennent le plus souvent des parties standard.

Le *personnel* est une composante fondamentale du système informatique. Qu'il s'agisse du personnel de programmation ou d'exploitation ou encore des utilisateurs du système, les parties à l'opération d'informatisation seront attentives à l'adéquation du personnel au système mis en place (engagement et formation du personnel). Le contrat de *facilities management* soulève à cet égard un nouveau problème, à savoir l'éventuel transfert des informaticiens de l'entreprise vers un prestataire de *facilities management* (voir n^{os} 670 et s. de ce livre).

Enfin, l'accueil du système informatique nécessite la mise en place d'une véritable *organisation* qui vise l'environnement, la saisie des données, la sécurité et la maintenance du système.

060 Les étapes de l'informatisation

L'entreprise qui songe à s'informatiser a d'abord à l'esprit les multiples fonctionnalités que peut offrir un système informatique. Encore faut-il définir, avec précision, les *objectifs* assignés à l'informatisation en vue de dégager les solutions adéquates. Différentes démarches peuvent, à ce stade, être envisagées².

Classiquement, en présence d'une entreprise qui fait son entrée dans le monde de l'informatique, les parties vont recourir à une démarche que l'on peut qualifier de systématique en ce qu'elle propose d'envisager, point par point, toute la chronologie de l'opération. La *première étape* consiste à poser un diagnostic préalable: quelles sont, au sein de l'entreprise, les procédures pratiquées dont on envisage l'informatisation? «Pour ce faire, l'observateur doit procéder à une collecte d'éléments concernant tant les traitements d'informations effectués que les informations elles-mêmes»³. L'observateur-analyste peut être un membre du personnel de l'entreprise. Celle-ci peut également faire appel à un consultant, conseil en informatique; cette solution doit être privilégiée par l'entreprise profane en informatique. À partir des résultats de l'étude préalable, la *deuxième étape* peut démarrer; elle consiste dans la détermination des objectifs à atteindre, en termes de solution informatique. Il s'agit de prendre en

1. Lamy droit de l'informatique, p. 1548.

2. Pour un examen détaillé, voir Lamy droit de l'informatique, pp. 498-509, dont on s'est largement inspiré pour la rédaction de ce point.

3. Lamy droit de l'informatique, p. 499.

compte les contraintes propres à l'entreprise, ainsi que les priorités de celle-ci. On veillera à tenir compte de l'évolution probable des besoins dans les années à venir. La *troisième étape* consiste à rechercher le(s) fournisseur(s) en informatique le(s) mieux à même de concevoir les applications souhaitées. Pour ce faire, les solutions retenues lors de la deuxième étape vont être détaillées sous la forme d'un cahier des charges¹. Ce dernier peut être défini comme «le document de travail qui, précisant les besoins de l'utilisateur dans le cadre d'objectifs datés et quantifiés, permet à d'éventuels fournisseurs de proposer une ou plusieurs solutions chiffrées qui seront réalisées suivant les dispositions contractuelles retenues»². Ces fournisseurs seront sélectionnés au terme d'une procédure d'appel d'offres. Dans une *quatrième étape*, les fournisseurs procèdent à la réalisation des applications. Au départ du détail des fonctionnalités attendues, les informaticiens vont élaborer l'analyse organique, définie comme «le processus d'analyse qui consiste, lors de la mise en œuvre d'une application, à établir la structure des programmes correspondant aux spécifications de l'analyse fonctionnelle en fonction du matériel et du langage de programmation utilisés»³. Sur la base de l'analyse organique, les informaticiens peuvent passer à la phase de programmation. L'entreprise doit également être attentive à la préparation technique de l'entreprise en vue d'accueillir le système informatique, de même qu'à la formation du personnel. La *cinquième et dernière étape* est essentielle: elle consiste dans le démarrage de l'exploitation du système. Elle est accompagnée d'une phase de tests qui permet de vérifier le bon fonctionnement du système.

À cette démarche classique, on oppose désormais des démarches nouvelles, résultant des développements techniques et en particulier de l'apparition massive de progiciels susceptibles de répondre aux besoins de l'entreprise. Ces démarches nouvelles tirent profit des réalisations de plus en plus nombreuses intervenues en matière d'informatisation de l'entreprise. Une première possibilité est le recours à la *démarche dite par référence*. Dans un même secteur d'activités, il y a fort à parier que bon nombre de besoins sont communs aux entreprises. Au départ de listes de fonctionnalités communes au sein d'un secteur, l'entreprise qui veut s'informatiser va identifier les problèmes qu'elle rencontre et va ainsi pointer une solution standard, puis rechercher sur le marché les logiciels à même d'atteindre ces objectifs. Une seconde possibilité, appelée *démarche par la solution*, «consiste à pointer les besoins de l'entreprise à partir des progiciels existants d'ores et déjà sur le marché»⁴. L'examen des fonctions offertes par les logiciels disponibles dans le commerce permettra à l'entreprise de conclure si l'un d'eux correspond à ses besoins. À défaut, l'entreprise doit revenir à la démarche classique et faire développer une solution sur mesure.

§ 2. La pluralité des prestataires de services

070 La multiplicité des contrats de l'informatique

L'opération d'informatisation exige le plus souvent la conclusion d'un ensemble de contrats. C'est ainsi que l'on rencontrera des contrats de *hardware*, de *software*, de maintenance, de conseil, d'assistance technique, de formation du personnel, etc.

1. Rien n'oblige l'entreprise à dresser un cahier des charges et à lancer un appel d'offre; cette solution est néanmoins recommandée quand l'opération est importante.

2. F. GUERIN, *Maîtriser l'informatique*, Delmas, 1990, D 2; *Lamy droit de l'informatique*, p. 503.

3. *Lamy droit de l'informatique*, p. 504.

4. *Lamy droit de l'informatique*, p. 508.

Plusieurs raisons expliquent cette parcellisation du projet informatique en une multiplicité de contrats.

Tout d'abord, il se peut que le candidat à l'informatisation recoure aux services de différents prestataires. Il conclut, dans ce cas, autant de contrats qu'il y a de partenaires distincts: contrat d'acquisition du matériel, de développement du logiciel, de maintenance.

Ensuite, même lorsque l'interlocuteur est unique, il n'est pas rare que celui-ci multiplie les contrats suivant les prestations. Cette pratique ancienne, d'origine américaine, est connue sous le nom d'*unbundling*. Ainsi, le fournisseur du *hardware* peut-il proposer ses services de maintenance dans le cadre d'un contrat distinct du contrat de vente ou de louage du matériel. Il peut, en outre, concéder la licence d'utilisation du logiciel de base dans le cadre d'un troisième contrat.

Il est toutefois concevable qu'un client fasse appel à un fournisseur unique avec lequel il passe un seul contrat global. Ils concluront alors ce qu'il est convenu d'appeler un contrat «clé en mains» où le client s'en remet totalement à son fournisseur. Celui-ci répond de la bonne fin de l'opération d'informatisation, tout en demeurant libre de sous-traiter certaines prestations à d'autres entreprises. On reviendra ultérieurement sur cette hypothèse particulière (*voir n° 270 de ce livre*).

080 Les dangers de l'isolationisme contractuel

Cette pluralité de contrats présente certains dangers pour l'utilisateur. Celui-ci perçoit l'opération d'informatisation comme une opération unique où toutes les prestations sont interdépendantes. Il est naturellement porté à croire que si une des prestations échoue (p. ex.: incompatibilité du matériel et du logiciel d'application), l'ensemble doit être remis en cause. Or, au plan juridique, les contrats sont considérés comme des actes autonomes. Ils sont strictement indépendants les uns des autres de sorte que les vicissitudes d'un contrat ne peuvent, en principe, rejaillir sur un autre. Cet *isolationisme contractuel*, pour reprendre une heureuse formule¹, résulte de la combinaison de divers principes voisins qui sont à la base du droit civil: l'autonomie de la volonté, la convention-loi et la relativité des conventions.

En vertu du premier, les fournisseurs ou prestataires de services déterminent librement, en accord avec le client, les clauses du contrat. Ce principe est complété par celui dit «de la convention-loi» selon lequel «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites» (art. 1134 C. civ.). Ces deux principes conjugués permettent d'exclure du champ contractuel la considération de toute autre convention.

Enfin, le principe de la relativité consacré à l'article 1165 du Code civil – dont il résulte que «les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121» – achève de consacrer l'indépendance juridique des divers contrats.

Plusieurs clauses présentes dans les contrats informatiques visent à affirmer l'isolationisme contractuel. On mentionne, en particulier, celle dite «des quatre coins» dont on aura l'occasion d'examiner la portée exacte (*voir n° 210 de ce livre*). Autres exemples: «La facturation du matériel est indépendante de celle du software. X consent au client le droit d'utiliser sur les machines les programmes de sa bibliothèque délivrés conformément à une convention séparée de mise à disposition des programmes informatiques» (indépendance du contrat «matériel» et du contrat «logiciel»).

1. M. COIPEL et Y. POULLET, 'Introduction aux concepts juridiques', *Le droit des 'contrats informatiques'*, o.c., pp. 39 et s.

«Le présent contrat exclut toute maintenance. Un contrat séparé de maintenance pourra éventuellement être signé par l'utilisateur» (indépendance du contrat «matériel» et du contrat de maintenance).

Le principe de l'isolationisme contractuel est lourd de conséquences fâcheuses pour l'utilisateur. En voici quelques illustrations.

Le fournisseur qui a déjà signé un contrat n'est en rien tenu d'en conclure un second avec son client: ainsi le fournisseur du *hardware* peut-il légitimement refuser de conclure une convention de maintenance du matériel fourni.

La disparition d'un contrat (consécutive à une annulation ou à une résolution) n'affecte pas nécessairement l'existence des autres. Ainsi, supposons qu'un fournisseur de matériel, qui s'est engagé par un contrat distinct à en assurer la maintenance, refuse à tort d'effectuer ce service. La résolution éventuelle du contrat de maintenance ne préjudicie en rien à l'existence du contrat d'achat du *hardware*¹.

Il a été jugé également que, lorsque le contrat de location d'un ordinateur fourni par une société est résilié, le contrat de développement de logiciel spécifique fourni par une autre société n'est, par contre, pas anéanti².

090 La reconnaissance d'une interdépendance contractuelle

Il existe divers remèdes permettant d'obvier aux conséquences néfastes de l'isolationisme contractuel. Certains d'entre eux sont de nature contractuelle (A), d'autres ont une origine jurisprudentielle (B).

A. Aménagements contractuels

Dans les contrats passés en vue de réaliser une informatisation, il est possible de prévoir l'insertion de clauses destinées à organiser une certaine interdépendance juridique entre les différentes conventions. Parmi les techniques que le droit met à la disposition du client, on mentionne³:

- la condition suspensive: une clause *ad hoc* est insérée dans un contrat, qui en subordonne la prise d'effet à la signature ou à la bonne exécution d'un autre contrat⁴. Exemples: prise d'effet d'un contrat de développement de logiciel sur mesure subordonnée à l'obtention d'un financement pour l'acquisition du matériel (leasing...); achat de matériel à condition que soit conclu le contrat de logiciel; achat de matériel s'il ressort des tests qu'il est compatible avec les logiciels.
- la condition résolutoire: il s'agit de faire dépendre la vie d'un contrat de celle d'un autre contrat. Exemples: résolution d'un contrat de logiciel s'il y a annulation ou résolution du contrat de matériel.
- la signature par toutes les parties d'un cahier des charges commun annexé à chaque contrat. Cette signature s'analyse comme une garantie de compatibilité entre les solutions offertes par les différents prestataires.

1. Paris, 1^{er} oct. 1980, *Expertises*, 1981, pp. 7 et s.

2. Paris, 14 févr. 1985, *Dr. inform.*, 1986, p. 21, note I. DE LAMBERTERIE.

3. Pour d'autres techniques, voir M. COIPEL et Y. POULLET, 'Introduction aux concepts juridiques', *Le droit des 'contrats informatiques'*, o.c., pp. 46 et s.

4. En jurisprudence, voir p. ex. Paris, 23 févr. 1990, *D.I.T.*, 1991/2, p. 49 (commande d'un mini-ordinateur et d'un programme 'sous réserve d'acceptation de leasing').

B. Aménagements jurisprudentiels

Emboîtant le pas à la doctrine¹, la jurisprudence considère qu'en certaines circonstances, l'étroitesse des liens unissant des contrats distincts est telle que ces derniers constituent soit un *ensemble indivisible*, soit un *ensemble à dépendance unilatérale*. Dans les deux cas, l'objectif de cette «qualification» est d'affirmer l'interdépendance juridique des contrats en présence: il en résulte que chacun d'eux suit le sort des autres contrats.

1. L'indivisibilité

L'indivisibilité peut être définie comme «l'état de ce qui ne peut être divisé soit matériellement, soit intellectuellement sous un rapport envisagé»² (*voir aussi art. 1217 C. civ.*). Ainsi que le suggère cette définition, on distingue classiquement l'indivisibilité objective, qui tient à la nature des choses, et l'indivisibilité subjective, qui est fondée sur l'intention des parties. Dans les deux cas, il s'agit d'une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond³.

Comme le note, à juste titre, J. GHESTIN, «la question qui se pose est la même qu'il s'agisse d'un contrat complexe ou d'un groupe de contrats. La nullité d'un des éléments du contrat, ou d'un contrat faisant partie d'un ensemble, entraîne-t-elle l'annulation totale de la convention ou du groupe de contrats?»⁴.

On observe, par ailleurs, que l'indivisibilité ne dépend pas de l'unité d'*instrumentum* : l'indivisibilité de diverses conventions (*negotia*) ne résulte pas nécessairement de leur rédaction sur un même document (*instrumentum*). Sans doute, leur liaison se discernera plus aisément – ou on cherchera plus naturellement à en alléguer l'existence – si les différentes opérations juridiques sont juxtaposées à l'intérieur d'un même écrit. Cependant, un simple voisinage d'opérations indiscutablement distinctes à l'intérieur d'un même *instrumentum* ne saurait légitimer la référence au concept d'indivisibilité. À l'inverse, des conventions peuvent être jugées indivisibles alors même qu'elles ont été constatées par des *instrumenta* distincts – rédigés, le cas échéant, par une pluralité de parties et comportant des dates différentes. Il en est ainsi, lorsque des opérations successives, techniquement distinctes les unes des autres, se relient entre elles par une intention commune⁵.

En matière informatique, l'indivisibilité objective des contrats se conçoit dans une série d'hypothèses⁶. Ainsi, le contrat de logiciel de base est indissociable par nature du contrat de hardware, le logiciel de base étant destiné précisément à faire tourner le

1. Lire notam. B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975; J. NERET, *Le sous-contrat*, Paris, L.G.D.J., 1979; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat*, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 756 et s., n^{os} 888 et s. *Adde*, dans la jurisprudence récente: Cass., 8 sept. 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1602.

2. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, v^o *Indivisibilité*. Voir aussi: J. BOULANGER, 'Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques', *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 9, n^o 6.

3. H. DE PAGE, *Traité*, t. III, n^o 301. L'indivisibilité naturelle est de toute évidence une question de fait. Quant à l'indivisibilité conventionnelle, elle suppose une interprétation de volonté, qui gît pareillement en fait et non en droit. Toutefois, le juge est lié lorsque l'indivisibilité conventionnelle est expressément stipulée (art. 1134 C. civ.).

4. J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat*, *o.c.*, p. 756, n^o 888.

5. Pour un cas d'application, voir Bruxelles, 17 févr. 1987, *D.I.T.*, 1989/4, pp. 71 et s.; *R.G.D.C.*, 1989/2, pp. 140-149, avec la note de M. FLAMÉE. En l'espèce, l'engagement du fournisseur unique avait pour objet un ensemble informatique qui comprenait, outre la livraison d'un hardware et d'un software, un service de maintenance: 'Qu'il est indifférent de ce point de vue que cet ensemble ait fait l'objet de la signature de trois contrats distincts dont chacun d'eux ne constitue que l'*instrumentum* partiel d'un *negotium* qui revêt les caractéristiques d'un contrat 'clé en mains'; que cette formule, quoique non expressément exprimée, reflète cependant leur volonté réelle puisqu'elle implique l'unicité d'un seul fournisseur qui assume non seulement l'obligation de conseil et le devoir d'information, mais encore la mise à disposition d'un ensemble informatique apte à remplir l'usage défini par l'utilisateur'.

6. Les exemples évoqués sont repris de M. COIPEL et Y. POULLET, 'Introduction aux concepts juridiques', *Le droit des 'contrats informatiques'*, *o.c.*, p. 51.

matériel et ne pouvant généralement être acquis auprès d'un tiers (*voir cependant n° 370 de ce livre*). Dans cet autre exemple, l'indivisibilité existe malgré la présence d'interlocuteurs différents: plusieurs fournisseurs, spécialiste chacun d'un type particulier de programmes d'application, sont chargés de mettre au point un programme unique incorporant des parties de leurs programmes spécifiques. Enfin, dans l'hypothèse où l'élaboration d'un logiciel sur mesure se fait en différentes phases dont chacune est l'objet d'un contrat, l'indivisibilité des conventions paraît évidente.

À l'instar d'une partie de la doctrine, nous sommes favorables à l'indivisibilité subjective étant donné le rôle clé reconnu à la volonté des parties dans les contrats: «il ne convient pas de maintenir partiellement un contrat ou un ensemble de contrats que les parties ont entendu réaliser de façon globale, de telle sorte qu'elles n'auraient pas consenti à l'un si l'autre n'avait pas été également conclu»¹.

Dans cet ordre d'idées, la Cour de cassation de France a approuvé une cour d'appel qui avait considéré les deux conventions conclues par une étude d'huissiers, en vue de son informatisation avec deux sociétés fournisseurs (l'une pour le logiciel de base, l'autre pour le logiciel d'application) comme un ensemble interdépendant et indivisible dès lors que diverses circonstances révélaient leur accord pour la réalisation d'un projet global: «Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt justifie l'indivisibilité retenue par lui entre les deux contrats..., non pas par l'affirmation générale de l'interdépendance nécessaire de telles prestations, qui rendrait chacun de leurs fournisseurs toujours responsable de l'entière réalisation, mais par une analyse des circonstances de l'espèce, en relevant que les parties avaient, au cours des réunions préalables et dans divers écrits, envisagé globalement la réalisation du système informatique proposé à la SCP et admis que, dans l'esprit des membres de celle-ci, leur accord portait sur un ensemble indissociable»².

Parfois, il est estimé que la fourniture de matériel et de logiciel sur mesure forme un tout indissociable, spécialement lorsque cette solution peut se déduire de termes clairs du contrat. La Cour de cassation de France eut à connaître d'une telle hypothèse. Elle rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait étendu à l'ensemble du contrat la résolution limitée par les premiers juges à la partie de la commande portant sur le logiciel spécifique. La Cour insiste sur le fait que l'objet du contrat, fonctionnellement défini, n'est pas rencontré, ce qui justifie la résolution de l'ensemble: «De convention expresse, le système informatique n'avait été commandé que dans la mesure où il devait rendre possible le traitement d'un lancement de fabrication automatique...»³.

2. Le groupe à dépendance unilatérale

Il y a groupe à dépendance unilatérale lorsque, dans le complexe de contrats, un ou plusieurs contrats accessoires viennent se greffer sur un contrat principal⁴. Dans cette hypothèse, l'annulation de la convention principale justifie normalement celle du ou

1. J. GHESTIN, *o.c.*, p. 758, n° 890. Comp. M. COIPEL et Y. POULLET, 'Introduction aux concepts juridiques', *Le droit des 'contrats informatiques'*, *o.c.*, pp. 51-52. Pour ces auteurs, l'indivisibilité des prestations ne peut être admise en dehors des cas où elle résulte d'une volonté exprimée par les parties dans les documents contractuels.

2. Cass. fr., 8 janv. 1991, *Bull. civ.*, 1991, IV, n° 20, p. 12; *D.I.T.*, 1991/2, pp. 37 et s., note J. H. Rapp. Cass. fr., 8 mai 1973, *Bull. civ.*, 1973, III, n° 328, p. 237.

3. Cass. fr. (ch. com.), 4 nov. 1986, *Dr. inform.*, 1987/1, pp. 64-65, note I. DE LAMBERTERIE. Voir aussi Bruxelles, 26 janv. 1984, *Dr. inform.*, 1985/1, pp. 24-25 (jugé, à la lumière de plusieurs clauses particulières révélant sur ce point la volonté des parties, qu'un contrat de location de matériel, un contrat de software et un contrat de maintenance forment un tout indissociable).

4. Sur la notion d'accessoire, voir G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969.

des contrat(s) accessoire(s) – par disparition de l'objet¹ ou de la cause² –, tandis que la réciprocité n'est pas toujours vraie.

Tel est le cas du contrat de maintenance, accessoire de la vente ou de la location du matériel informatique à entretenir³. Il en est de même en ce qui concerne un contrat séparé de formation et d'assistance technique par rapport au contrat de logiciel ou d'un contrat portant sur l'acquisition de programmes utilitaires par rapport au contrat relatif au matériel. La question du caractère accessoire du contrat de leasing⁴ par rapport au contrat portant sur l'acquisition du matériel, du logiciel ou du système informatique est, quant à elle, controversée⁵.

SECTION 2. LA FORMATION DES CONTRATS DE L'INFORMATIQUE

§ 1. *Rappel des principes de droit commun*

100 Le principe de bonne foi dans la conclusion du contrat

L'article 1134, alinéa 3, du Code civil dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Cet article a eu pendant longtemps une portée réduite: il contenait une simple règle d'interprétation selon laquelle il fallait faire prévaloir la volonté réelle sur le sens littéral des termes employés. Cette vision est aujourd'hui rejetée⁶. La portée de l'article 1134, alinéa 3, a été totalement reconsidérée tant en ce qui concerne son contenu que son champ d'application.

S'agissant du contenu, cette disposition est aujourd'hui analysée comme «un texte autonome imposant à chaque contractant des devoirs particuliers dans l'exécution des conventions»⁷. Le principe de bonne foi contenu à l'article 1134 du Code civil se

1. En réalité, il est plus exactement question de la caducité du contrat accessoire par suite de la disparition de son objet. Voir sur ce point P.-A. FORIERS, 'Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause', note sous Cass., 28 nov. 1980, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 74 et s.
2. À ce propos, voir *ad generalia*: P.-A. FORIERS, 'L'objet', *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, pp. 65-89, spéc. pp. 75 et s., n^{os} 13 et s., et du même auteur, 'L'objet et la cause du contrat', *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1984, pp. 99-161.
3. Voir p. ex. Comm. Bruxelles, 29 janv. 1988, *R.D.C.*, 1989, pp. 281 et s. ('La résolution du contrat de vente de l'équipement informatique entraîne la résolution des contrats d'entretien à partir du moment où l'équipement n'est plus utilisé').
4. Pour une présentation d'ensemble du contrat de leasing, voir le Livre 47 du *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., Bruxelles, Kluwer Éditions Juridiques Belgique, 1995.
5. Comp. Cass. fr., 30 juin 1992, *Expertises*, 1992, n^o 155, p. 400; Cass. fr., 17 déc. 1991, *Expertises*, 1992, n^o 147, p. 66. Voir aussi C. JARLAUD LANG, 'Résiliation du contrat de crédit-bail', *Expertises*, 1990, n^o 134, pp. 441 et s. (commentaire de trois arrêts de la Cour de cassation rendus en cette matière); I. DE LAMBERTERIE, 'Les conséquences pour le contrat de crédit-bail de la résolution du contrat de vente', note sous Cass. fr., 23 nov. 1990, trois arrêts, *D. I. T.*, 1991/1, pp. 35 et s.; et du même auteur, 'Revue de la jurisprudence relative au crédit-bail', *Dr. inform.*, 1985/6, pp. 25 et s. En jurisprudence belge, voir Bruxelles, 19 nov. 1986, *D. I. T.*, 1988/1, p. 47, note critique de E. de CANNARD D'HAMALE; *R.D.C.*, 1987, pp. 504 et s., et la note critique de J. VERBIST, 'Einde van de symbiose tussen de leasingovereenkomst en de daardoor gefinancierde koopovereenkomst?'; Comm. Bruxelles (réf.), 15 oct. 1990, *J.T.*, 1991, pp. 216 et s., et la note de F. GLANSDORFF, 'Les répercussions de la défaillance du fournisseur sur les relations entre les parties au contrat de leasing'.
6. J.-L. FAGNART, 'L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion', note sous Cass., 19 sept. 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 289. et s.
7. J.-L. FAGNART, *o.c.*, p. 290.

traduit par l'existence de normes objectives de comportement¹. S'agissant du champ d'application, il est admis que le principe déposé dans l'article 1134, alinéa 3 s'étend à la phase précontractuelle². La bonne foi préside non seulement à la phase d'exécution du contrat, mais également à sa formation³: les parties à un contrat sont tenues à une obligation générale de rectitude, de loyauté et de collaboration dans la conduite de leur négociation. Cette obligation est d'autant plus importante dans la matière des contrats de l'informatique que la période de négociation est souvent longue et déterminante.

Dans la matière des contrats de l'informatique, nous retiendrons que la jurisprudence identifie, dans la phase précontractuelle, une *obligation de loyauté*, une *exigence de collaboration* ainsi qu'un *devoir d'information et de conseil*⁴. En ce sens, la cour d'appel de Gand a décidé que «dès avant la conclusion de la convention, les parties étaient tenues non seulement à l'exercice de bonne foi de leur liberté d'information et de décision (...), mais également à une certaine loyauté et collaboration – ne fût-ce qu'au titre de prudence – consistant pour [le client] à faire connaître les besoins en information de son entreprise et ses souhaits correspondants compte tenu de ses possibilités financières et autres et, pour [le fournisseur], en sa qualité de spécialiste dans un secteur de haute technologie, à proposer immédiatement le matériel et les méthodes de travail les plus appropriées compte tenu des possibilités, besoins et souhaits du client»⁵.

Au titre de l'obligation de collaboration, certaines décisions ont mis l'accent sur le nécessaire dialogue entre les parties: «Si le fournisseur d'un matériel est tenu d'une obligation de conseil, la mise en place d'un ordinateur de gestion exige un dialogue entre ledit fournisseur et l'utilisateur. Il ne saurait être fait grief à une cour d'appel d'avoir débouté l'acquéreur d'un tel matériel lorsqu'elle constate qu'un tel dialogue n'a pas existé du fait de cet utilisateur»⁶.

En application des principes de loyauté et de collaboration, on retiendra encore que les tribunaux condamnent les utilisateurs dénonçant trop rapidement le contrat après l'échec des premiers tests⁷: «Attendu que l'arrêt retient que les insuffisances dénon-

1. P. VAN OMMESLAGHE, 'La bonne foi dans les relations entre particuliers. A. - Dans la formation du contrat (rapport général)', *La bonne foi*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 26. L'auteur rappelle les deux acceptions possibles de la notion de bonne foi. Soit une acception objective: la bonne foi caractérise des normes objectives de comportement. Soit une acception subjective: la bonne foi caractérise la situation de celui qui ignore les vices dont le droit ou la situation juridique qu'il entend invoquer est atteint. Seule la première acception fait l'objet du présent exposé.

2. Une controverse existe sur cette question. Soit on défend l'idée d'une extension de l'art. 1134, al. 3, à la phase précontractuelle. En ce sens, A. de BERSAQUES, 'L'abus de droit en matière contractuelle', note sous Liège, 14 févr. 1964, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 497 et s; du même auteur, 'La lésion qualifiée et sa sanction', note sous Comm. Bruxelles, 20 févr. 1970, *R.C.J.B.*, 1977, p. 29, n° 24. Soit, au contraire, on rejette l'application de l'art. 1134, al. 3, à la phase précontractuelle. Ainsi le professeur Van Ommeslaghe refuse de trouver dans l'art. 1134, al. 3, le fondement des obligations tirées de la bonne foi dans la phase précontractuelle. Il constate néanmoins que ces normes de comportement ont un contenu pratiquement identique à celui que l'on déduit de l'art. 1134, al. 3, et affirme l'existence d'un principe général de droit: l'exécution de bonne foi des obligations. L'art. 1134, al. 3, ne constitue, à ses yeux, que le reflet contractuel d'un principe qui le dépasse. P. VAN OMMESLAGHE, 'L'exécution de bonne foi, principe général de droit?', *R.G.D.C.*, 1987-1988, pp. 105 et 106.

3. M. COIPEL, Y. POULLET, 'Introduction aux concepts juridiques', *Le droit des contrats informatiques*, o.c., p. 69.

4. Nous reviendrons en détail sur les notions de devoir d'information et de conseil. Voir n°s 120 à 170 de ce livre.

5. Gand, 4 juin 1986, *Dr. inform.*, 1987/1, p. 58.

6. Cass. fr., 8 juin 1979, *Bull. civ.*, 1979, IV, n° 186.

7. M. COIPEL, Y. POULLET, 'Introduction aux concepts juridiques', o.c., p. 88.

cées par l'acheteur en ce qui concerne l'installation du matériel sont d'autant moins sérieuses que la rupture du contrat intervenue peu de jours après la livraison a été prématurée au regard de la mise au point à réaliser»¹.

«La bonne utilisation d'une telle machine implique une certaine période de rodage et d'installation. L'utilisateur qui a connu des difficultés dues à des incidents de fonctionnement pendant cette période et qui prétend solliciter la résolution de la vente fait preuve d'une impatience et d'une précipitation blâmables»².

110 Les sanctions des obligations de la phase précontractuelle

En ce qui concerne la phase précontractuelle, on peut identifier trois hypothèses distinctes en cas de non-respect des obligations déduites du principe de la bonne foi³:

1. *À l'issue de la période de négociation préparatoire, le contrat ne se conclut pas*
En principe, la rupture des pourparlers est licite: «chacun est libre de contracter, et donc de refuser toute proposition contractuelle qui ne lui convient pas, sans devoir y apporter une quelconque justification»⁴. Dès ce moment, les parties ont néanmoins l'obligation de se comporter selon les normes de la bonne foi, à défaut de quoi la rupture éventuelle sera fautive. Ainsi, la jurisprudence sanctionne-t-elle la rupture abusive: «commet une faute celui qui entame et poursuit des négociations dans le seul but de nuire à son adversaire ou de tirer profit de ces négociations, en sachant très bien, en amorçant celles-ci, qu'il ne contractera pas»⁵. En application du principe de bonne foi, la jurisprudence sanctionne également la rupture des pourparlers, lorsque, indépendamment de l'intention de nuire, elle présente les caractéristiques suivantes:
 - a. elle a eu lieu de manière brusque et brutale;
 - b. aucun préavis ou information préalable n'a été transmis;
 - c. elle cause un préjudice grave au cocontractant⁶. En résumé, la faute apparaît surtout «comme le fait de créer, sciemment ou par négligence, une fausse apparence de nature à tromper la légitime confiance de l'autre partie»⁷.

2. *Le contrat est conclu mais il est affecté d'un vice qui entraîne l'annulation*

Nous envisageons l'hypothèse où le défaut qui affecte la formation du contrat a pour origine la faute de l'un des contractants. «Cette faute engage la responsabilité de celui qui l'a commise et l'oblige à réparer le dommage qui en est issu»⁸. Toute la difficulté réside, à ce stade, dans l'articulation des principes relatifs aux vices de consentement⁹ et ceux relatifs à la responsabilité, contenus dans les articles 1382 et suivants du Code civil. En effet, on considère que l'annulation participe de la réparation du

1. Cass. fr., 2 nov. 1993, *D.I.T.*, 1994/3, p. 18.

2. Paris, 3 déc. 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 19579.

3. Nous nous référons aux hypothèses mises en lumière par le professeur P. VAN OMMESLAGHE, 'La bonne foi dans les relations entre particuliers...', *o.c.*, pp. 26-27.

4. D. PHILIPPE, 'La bonne foi dans les relations entre particuliers. A. - Dans la formation du contrat (rapport belge)', *La bonne foi*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XLIII, Paris, Litec, 1992, p. 66.

5. D. PHILIPPE, *o.c.*, p. 66. Voir également M. VANWIJK-ALEXANDRE, 'La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats', *Ann. Dr. Lg.*, 1980, pp. 19-23.

6. Voir en ce sens, Comm. Courtrai, 11 avril 1963, *R.G.A.R.*, 1965, n° 7364, et son commentaire par D. PHILIPPE, *o.c.*, p. 66. Dans la matière des contrats de l'informatique, voir Comm. Liège, 20 déc. 1984, *J.L.*, 1985, p. 149.

7. M. VANWIJK-ALEXANDRE, *o.c.*, p. 23. Outre l'hypothèse de rupture fautive des pourparlers, il faut noter que la responsabilité d'une partie peut éventuellement être engagée en cas de retrait de l'offre. Sur cette question: M. VANWIJK-ALEXANDRE, *o.c.*, pp. 39-51.

8. M. VANWIJK-ALEXANDRE, *o.c.*, p. 52.

9. À propos de ces principes, voir Livre 29. Voir aussi E. DAVIO, 'Obligation de renseignement et vices du consentement', note sous J.P. Wervik, 8 févr. 1994, *D.I.T.*, 1995/2, pp. 60-69.

dommage, mais elle devra éventuellement s'accompagner de sanctions complémentaires pour couvrir l'intégralité du préjudice¹. La partie dont le consentement a été vicié, pourra, outre l'annulation, réclamer des dommages et intérêts dans l'hypothèse où un manquement a été commis par l'autre partie au cours des négociations ou de la formation du contrat, par exemple un manquement à une obligation d'information². Cette solution est certaine si l'annulation résulte d'un dol ou d'une violence³. De même, dans le cas d'une erreur simple entraînée par un manquement précontractuel, il est généralement admis⁴ que la victime de l'erreur peut obtenir des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil lorsque l'annulation du contrat ne suffit pas à réparer intégralement le préjudice que lui a causé la faute de l'autre partie.

3. *La responsabilité précontractuelle sans annulation*

Il peut arriver que, nonobstant la violation du principe de la bonne foi lors des pourparlers préliminaires ou au moment précis de la formation du contrat, celui-ci soit finalement conclu et maintenu. S'agissant des vices de consentement, la victime est libre d'exercer ou non l'action en annulation⁵. En pareille hypothèse, le fait de ne pas avoir sollicité l'annulation ne devrait pas empêcher de pouvoir mettre en cause la responsabilité précontractuelle d'une partie⁶. Bien plus, même quand la convention n'est pas annulable sur la base des vices de consentement, toute faute commise dans la préparation et la formation du contrat est susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de celui qui l'a commise⁷.

§ 2. *Le devoir de conseil du fournisseur en informatique*

120 **Généralités**

La notion d'obligation précontractuelle d'information est une appellation générique qui recouvre les différents aspects de la transmission de l'information avant la conclusion du contrat. Ainsi, on distingue trois facettes:

a. *Le devoir de renseignement*

«L'obligation précontractuelle de renseignement pose la question de savoir si, avant la formation du contrat, l'une des parties est tenue de fournir à l'autre certaines informations, c'est-à-dire de lui faire connaître des faits susceptibles d'influencer sa décision»⁸; le renseignement est neutre, il n'exerce aucune influence directe sur la volonté⁹. Cette obligation de renseigner a pour corollaire une obligation de se renseigner.

1. Sur cette question, voir E. DAVIO, 'Obligation de renseignement et vices du consentement', *o.c.*, pp. 66-67, n° 16.

2. X. DIEUX, note sous Liège, 20 oct. 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 528.

3. P. VAN OMMESELAGHE, 'Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations', *R.C.J.B.*, 1986, pp. 65 et s.

4. P. VAN OMMESELAGHE, 'Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations', *R.C.J.B.*, 1986, p. 148; J. GHESTIN, *o.c.*, p. 311, n° 394.

5. M. VANWIJK-ALEXANDRE, *o.c.*, p. 71.

6. D. PHILIPPE, *o.c.*, p. 62.

7. M. VANWIJK-ALEXANDRE, *o.c.*, p. 72.

8. J. GHESTIN, *o.c.*, p. 374.

9. J.-L. FAGNART, *o.c.*, p. 233.

b. Le devoir de conseil

Le devoir de conseil dépasse la simple énonciation de faits, il oriente la décision en ce qu'il envisage, sur le plan technique ou pécuniaire, l'opportunité de conclure le contrat.

c. Le devoir de mise en garde¹

L'obligation de mise en garde se situe entre le conseil et le simple renseignement; elle suppose que l'on attire l'attention de l'autre partie sur le risque matériel ou juridique qu'elle prend.

L'émergence des diverses obligations d'information est avant tout le fait de la jurisprudence, dont les nombreuses décisions, spécialement dans la matière des contrats de l'informatique, ont permis d'en tracer les contours².

130 Le devoir précontractuel de renseignement: renseigner et se renseigner

Au sens strict, le devoir d'information dans la phase précontractuelle se traduit par une obligation de renseignement mise à charge des contractants.

Cette *obligation de renseignement*, à charge des deux parties³, peut être définie comme suit: «celle des parties qui connaît ou doit connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait dont elle sait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat ou de la qualité des parties»⁴.

Comme l'indique cette définition, le concept d'inégalité des parties est intimement lié à cette obligation. En effet, un déséquilibre apparaît fréquemment dans la maîtrise des informations relatives à l'objet du contrat. La volonté de corriger cette inégalité, spécialement dans les relations entre profanes et professionnels, passe par le développement de l'obligation de renseignement dans le chef de celui qui dispose de l'information. Ainsi, «la partie qui dispose d'informations à laquelle l'autre n'a pas accès, doit prendre l'initiative de fournir à son cocontractant les indications qui lui permettront de contracter avec une connaissance suffisante de la réalité»⁵.

L'utilisateur a l'obligation d'informer avec précision le fournisseur de ses besoins particuliers, «d'indiquer ce qu'il attend d'un système informatisé»⁶ et d'attirer l'attention de son cocontractant sur les caractéristiques de son entreprise.

Corollaire indispensable de l'obligation de renseigner, la jurisprudence a affirmé l'existence d'une *obligation de se renseigner*. Ainsi, pour le fournisseur en informatique, il s'agira de s'informer «des besoins concrets de l'utilisateur, de ses attentes et des possibilités qui sont les siennes, afin de s'assurer [...], que son offre correspond à

1. J.-L. FAGNART, 'L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant', note sous Cass., 28 févr. 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 233.

2. L'art. 30 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (*M.B.*, 29 août 1991) consacre cette obligation d'information dans les relations entre 'vendeurs' et consommateurs. Sur l'opportunité et la portée de cette disposition, voir J.-J. ÉVRARD, 'Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juill. 1991)', *J.T.*, 1992, p. 688, n° 40.

3. P. et Y. POULLET, 'Les contrats informatiques. Réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française', *J.T.*, 1982, p. 6.

4. J. GHESTIN, *o.c.*, p. 412.

5. J.-L. FAGNART, *o.c.*, p. 236.

6. Bruxelles, 19 avril 1985, *J.T.*, 1986, p. 162.

ses besoins»¹: «Le fournisseur devra prendre des renseignements si les données fournies par l'utilisateur lui apparaissent incomplètes ou contradictoires. La rédaction par ce dernier du cahier des charges et même l'appel à un conseil ne supprime pas totalement la responsabilité du fournisseur»².

140 La clause de parfaite information

Le fournisseur cherche fréquemment à insérer au contrat une clause de parfaite information du genre: «L'utilisateur reconnaît avoir été parfaitement informé et conseillé par le fournisseur. En conséquence, il l'exonère de toute responsabilité pour tout fait quelconque de la négociation».

Cette clause vise ainsi à exonérer le fournisseur de certaines, voire de toutes ses fautes précontractuelles. Elle est, en principe, licite, sans toutefois que sa portée puisse être absolue³. En effet, il est admis que l'on ne peut s'affranchir totalement des obligations découlant du devoir de bonne foi. Ainsi, la clause ne pourra pas être invoquée par le fournisseur auteur d'un dol. De plus, à défaut d'une mention explicite, cette clause ne pourra servir à exonérer le fournisseur de sa faute lourde. Enfin, il est évident que l'utilisateur peut toujours invoquer l'erreur et demander l'annulation du contrat⁴.

150 Le devoir de conseil du fournisseur informatique

«La matière informatique en raison de sa complexité et du fossé qui sépare souvent les professionnels des clients non initiés, s'est avérée un terrain particulièrement propice à l'émergence des contours de l'obligation d'information»⁵. L'affirmation d'un devoir de conseil à charge du fournisseur informatique donne une dimension nouvelle à cette obligation, elle ne se limite plus aux renseignements sur le contenu du contrat mais devient une obligation de renseigner sur l'opportunité du contrat⁶.

Ainsi, la Cour d'appel d'Anvers a considéré que, dans les contrats informatiques, l'obligation générale d'information est «complétée et affinée par un devoir particulier de conseil résultant de la nature particulière de son activité qui suppose une compétence technique spéciale»⁷.

L'obligation de conseil qui incombe au fournisseur informatique vise à assurer l'adéquation du matériel et des logiciels aux besoins et souhaits de l'utilisateur⁸: «Cette obligation consiste, pour le fournisseur, à indiquer à l'utilisateur la solution la plus adéquate et la plus avantageuse compte tenu de ses besoins et à l'aider dans le cadre de sa prise de décision finale. Il doit aussi l'éclairer quant aux meilleures conditions d'utilisation de la fourniture»⁹.

1. E. de CANNART D'HAMALE, 'Le devoir de conseil du fournisseur en informatique', *R.D.C.*, 1989, p. 570.

2. P. et Y. POULLET, *o.c.*, p. 6, n° 17.

3. Y. POULLET, 'Les documents de la période préparatoire. Leur valeur juridique', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, p. 188, citant M. BOSMANS, 'Les conditions générales en matière contractuelle', *J.T.*, 1981, n°s 12 et 13.

4. En ce sens: Y. POULLET, 'Les documents de la période préparatoire. Leur valeur juridique', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, p. 188.

5. J.-P. BUYLE, *o.c.*, pp. 244-245.

6. P. et Y. POULLET, *o.c.*, p. 7, n° 18.

7. Anvers, 7 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 614.

8. Gand, 4 juin 1986, *Dr. inform.*, 1987, p. 58; E. de CANNART D'HAMALE, *o.c.*, p. 573.

9. J.-P. BUYLE, *o.c.*, p. 248.

Cette obligation se prolonge par «l'obligation de rechercher une solution adéquate»¹.

Dans certains cas, le client se fait assister d'un conseil spécialisé². L'intervention de ce conseil aux côtés du client diminuera l'intensité du devoir de conseil du fournisseur sans pour autant le faire disparaître³.

160 Le devoir de mise en garde

L'obligation précontractuelle d'information peut se concrétiser par une véritable obligation de mise en garde. Cette dernière impose d'avertir l'entreprise des modifications structurelles et des risques inhérents à une procédure d'informatisation. Elle dicte également de prévenir les difficultés de démarrage d'un nouveau système et, en tout état de cause, d'indiquer les contraintes et limites des fournitures informatiques.

170 Les limites de l'obligation d'information

Différentes limites, dégagées essentiellement dans la matière des contrats de l'informatique, fixent les contours du devoir d'information.

1° Si le fournisseur doit informer son client «clairement et complètement (...)», encore faut-il que le renseignement soit sinon déterminant pour son consentement au moins important ou essentiel⁴. Apparaît ainsi une première limite au devoir d'information: celle-ci doit avoir une influence importante ou déterminante sur le consentement.

2° Le devoir d'information varie d'intensité en fonction du degré d'implication du fournisseur dans le projet informatique de l'utilisateur. Il prend un caractère nettement accusé dans les contrats dits «clé en mains», tandis qu'il est moins aigu dans l'hypothèse d'une simple livraison de matériel et de logiciels standard⁵.

3° L'obligation d'informer qui incombe à l'utilisateur lui dicte d'indiquer avec précision au fournisseur ses besoins particuliers et ce qu'il attend d'un système informatisé. La manifestation claire des buts souhaités par l'acheteur est la condition préalable de la réussite de la vente d'un système informatique⁶.

4° Le degré d'information du client influence l'intensité du devoir d'information du fournisseur⁷. Ce devoir est renforcé lorsque l'utilisateur est un profane de l'informatique et lorsque le fournisseur connaît parfaitement les besoins de son client⁸. À l'inverse, le devoir d'information du fournisseur se réduit lorsque le client est initié à la matière informatique. On soulignera la disparition progressive du mythe du client «éternel profane» et le rééquilibrage des obligations réciproques d'information.

Pour chaque contrat, l'utilisateur, créancier de l'information, a l'obligation de s'informer. Il doit se trouver dans une situation d'ignorance légitime, qui pourra être déduite du fait qu'il est dans l'impossibilité de se renseigner. Cette impossibilité est

1. J.-P. BUYLE, *o.c.*, p. 250.

2. Sur le 'contrat de conseil en informatique', nous renvoyons à l'article de J.-L. FAGNART, 'Le contrat de conseil informatique', *Droit de l'informatique: enjeux-nouvelles responsabilités*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 303.

3. P. et Y. POULLET, *o.c.*, p. 7, n° 18.

4. J.-P. BUYLE, *o.c.*, p. 247.

5. J.-P. BUYLE, *o.c.*, p. 251.

6. J.-P. BUYLE, *o.c.*, p. 253.

7. On peut rapprocher de cette hypothèse celle où le client s'est fait assister d'un tiers-conseil. Voir E. de CANNART D'HAMALE, *o.c.*, pp. 580-581.

8. Bruxelles, 17 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 140 et note M. FLAMÉE.

appréciée en fonction de l'inégalité des parties et de l'inaptitude personnelle de l'une d'elles. De plus, les exigences accrues de la bonne foi conduisent à prendre en compte, dans cette appréciation, la confiance légitime que le créancier de l'information a pu placer dans son cocontractant¹.

§ 3. *La portée juridique des documents de la période préparatoire*

180 **Position de la question**

À la différence de nombreux contrats, le contrat ayant pour objet l'acquisition de matériel informatique, de software – spécialement s'il est élaboré sur mesure – ou d'un système informatique n'est conclu qu'au terme d'une longue période au cours de laquelle les futurs partenaires ont négocié de façon progressive.

La période précontractuelle, qui s'étend de l'entrée en pourparlers à la signature du contrat, revêt une importance fondamentale²: en effet, si les négociations sont bien menées, le contrat pourra traduire un accord équilibré et refléter fidèlement la commune intention des parties. Bâcler au contraire cette phase préalable, c'est hypothéquer l'avenir. Le futur utilisateur a tout intérêt à examiner attentivement les contrats qui lui sont proposés et à les négocier dans la mesure du possible: en effet, il est vraisemblable que le fournisseur tentera de lui imposer ses conditions générales. Or, celles-ci sont souvent rédigées avant tout au bénéfice de ce dernier: on y trouve de nombreuses dispositions – limitations de responsabilité, clauses pénales... – stipulées en sa faveur. Au client de déjouer les pièges de certaines clauses et d'en exiger l'exclusion de son contrat.

Pour rappel, en phase précontractuelle, chacune des parties a, jusqu'à la dernière seconde, la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Elles doivent cependant se comporter de bonne foi dans la conduite de leurs négociations. Ainsi, la rupture des pourparlers peut éventuellement, en raison des circonstances qui l'entourent, constituer une faute et entraîner la responsabilité de son auteur (*voir nos 100 et 110 de ce livre*)³.

En résumé, «au fur et à mesure que les tractations avancent, la liberté des parties se rétrécit»⁴.

Le candidat à l'informatisation aura généralement pris soin de prendre contact avec différents fournisseurs. Diverses réunions – dont il aura été établi des comptes rendus – et une correspondance nourrie contribuent le plus souvent à dessiner progressivement la solution informatique retenue. Ainsi, de nombreux documents et lettres parsèment la période précontractuelle et peuvent s'avérer précieux par la suite. Ils permettent de suivre pas à pas l'évolution des discussions entre le fournisseur et le futur client. En cas d'échec des pourparlers, ils pourront, le cas échéant, servir à établir à qui incombe la responsabilité de l'échec. Et dans l'hypothèse où le contrat se forme, mais sur des bases mal définies ou ambiguës, ces documents contribueront à interpréter correctement la portée des engagements souscrits au contrat (art. 1156 C. civ.).

1. J. GHESTIN, *o.c.*, pp. 401-405.

2. Sur ce thème, voir F. 'T KINT, 'Négociation et conclusion du contrat', *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1984, pp. 9-51.

3. Pour plus de précisions, voir aussi F. 'T KINT, *o.c.*, pp. 15 et s., nos 12 et s.

4. M. VANWIJK-ALEXANDRE, 'La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats', *Ann. Dr. Lg.*, 1980, pp. 17 et s., n° 3.

À la suite de Yves POULLET¹, on tâchera de distinguer différents types de documents préparatoires et d'en mesurer la portée. Ensuite, on verra comment les parties peuvent exclure du champ contractuel ces documents ou, au contraire, les y inclure.

190 Documents préparatoires

Parmi ces documents, il est permis de distinguer les lettres d'intention, les rapports de discussion ou procès-verbaux de réunions, les protocoles d'accord, accords intermédiaires ou accords-cadre et enfin, l'offre proprement dite et l'acceptation de celle-ci. Sans entrer dans une analyse approfondie des ces différents documents², on en précise l'objet et la portée.

Les lettres d'intention peuvent constituer une reconnaissance claire de l'entrée en pourparlers ou une invitation ferme à négocier ou encore une volonté de prise de rang. Dans cette dernière hypothèse, leur objet est la mise en ordre utile du client potentiel dans la liste des commandes prises en considération par le fournisseur. En soi, les lettres d'intention n'ont pas une grande portée juridique. En aucune manière, elles ne peuvent servir à faciliter la preuve d'une faute en cas de rupture des négociations. L'envoi par l'utilisateur d'un cahier des charges à un ou plusieurs fournisseurs n'engage pas à conclure. Celui-ci, en effet, est une simple base de discussion; il contient rarement des dispositions contraignantes. Néanmoins, les lettres d'intention et cahiers des charges peuvent éventuellement contribuer à rapporter la preuve de l'intention originale du client et servir dès lors à l'interprétation du contrat. Quant aux lettres de prise de rang, le juge leur refusera probablement toute portée juridique étant donné le contexte de leur rédaction (début des pourparlers, caractère unilatéral...).

Les procès-verbaux de réunions constituent une synthèse des discussions. Ils sont parfois rédigés unilatéralement et envoyés à l'autre partie pour approbation. En principe, ils consistent en une simple relation de faits; sauf exception, ils ne contiennent pas d'engagements précis. Si un engagement y est rapporté, il est susceptible de lier les parties à la condition qu'elles aient expressément marqué leur accord sur ce point précis. De manière générale, le juge peut trouver dans les rapports de discussion des éléments de preuve concernant le contenu du contrat (p. ex.: acceptation par le fournisseur d'une spécification fonctionnelle à remplir par le programme à fournir) ou une éventuelle faute commise dans la période précontractuelle (p. ex.: le fournisseur n'a pas attiré l'attention du client sur telle contrainte du système...).

Les accords intermédiaires (ou protocoles d'accord), par lesquels les parties décident de ne plus remettre en cause, dans leurs discussions ultérieures, un point précis, ont, en principe, une force obligatoire: sauf nouvel accord des parties, ce point devient désormais un point dur, intangible. Ces accords sont conclus sous condition suspensive de la signature du contrat final.

Les accords-cadre visent à conférer un caractère officiel aux discussions et traduisent, de manière globale, l'objectif du contrat. Ils reprennent parfois certains accords relatifs à des aspects ponctuels de la négociation (p. ex.: l'utilisation d'un langage de programmation déterminé, la nécessaire ouverture du système, la possibilité d'étendre tel programme...). Il arrive que l'accord-cadre soit une condition posée par le fournisseur comme préalable à l'engagement de certains frais d'étude. Quant à sa

1. Y. POULLET, 'Les documents de la période préparatoire. Leur valeur juridique', *Le droit des 'contrats informatiques'*, o.c., pp. 157 et s.

2. Le lecteur intéressé par la question peut trouver des exemples concrets de pareils documents ainsi que leur analyse fouillée dans la contribution de Yves POULLET citée à la note précédente.

portée juridique, l'accord-cadre aggrave le devoir de bonne foi des parties dans la suite de la négociation. Il n'oblige pas à conclure, mais peut procurer une preuve de la mauvaise foi éventuelle d'une des parties (ex.: le fournisseur signe l'accord-cadre tout en sachant qu'il ne dispose pas de la solution informatique permettant de rencontrer les besoins du client; le client potentiel le signe alors qu'il est sur le point de conclure avec un autre fournisseur...).

200 L'offre et l'acceptation

L'offre désigne l'émission définitive d'une des volontés en présence sur tous les éléments essentiels du contrat, de sorte que l'autre partie peut se borner à donner son accord sur ceux-ci pour que le contrat soit conclu¹. Pour être valable, l'offre doit représenter une manifestation de volonté *précise, ferme et non équivoque*; elle doit, en outre, porter sur tous les éléments objectivement nécessaires à la formation du contrat et sur ceux que les parties jugeraient substantiels (p. ex.: un délai de livraison, etc.).

L'acceptation n'est pas toujours *pure et simple*. Elle peut se faire *sous réserve*, soit *d'un instrumentum à rédiger*, soit *de détails à régler*. Pour qu'il y ait acceptation, il faut que celle-ci concorde parfaitement avec l'offre. À défaut d'un accord des parties sur tous les éléments essentiels du contrat, ce dernier n'est pas formé. Toute acceptation accompagnée de *réerves* s'analyse comme un refus assorti d'une offre nouvelle². Elle entraîne l'obligation pour les deux parties de poursuivre de bonne foi la négociation sans engagement de bonne fin. En cas d'acceptation sous réserve d'un *instrumentum* à rédiger, il y a, en principe, accord sur tous les points: le contrat est alors formé et les parties sont contractuellement obligées de rédiger de bonne foi l'*instrumentum*.

210 Exclusion des documents préparatoires: la clause «des quatre coins»

Une fois les négociations précontractuelles achevées, il se peut que le fournisseur veuille faire table rase du passé et exclure du contenu du contrat tous les documents rédigés durant la phase préparatoire. À cette fin, il est fréquent que les fournisseurs insèrent dans le contrat une clause dite «des quatre coins». Ils veulent indiquer par là que l'accord intervenu entre les parties se limite aux engagements explicitement repris dans l'*instrumentum*. Le but de cette clause est d'empêcher que le contrat puisse s'interpréter à la lumière des documents préalables ou que le client infère de ces mêmes documents des obligations n'ayant pas été expressément consacrées par le contrat définitif.

Citons trois exemples d'une telle clause (les deux premiers sont tirés de contrats de fournitures informatiques; le troisième est extrait d'un contrat de maintenance):

- «Le contrat et ses annexes contiennent l'entière (sic) des accords des parties. Ils annulent et remplacent toutes les lettres, propositions, offres et conventions antérieures»
- «Les présentes dispositions annulent et remplacent toute correspondance ou accords antérieurs et ne sauraient être modifiées qu'expressément par avenant au présent contrat, signé par les parties légalement autorisées»

1. Voir Cass., 23 sept. 1969, *R.C.J.B.*, 1971, pp. 224 et s., note Y. SCHOENTJES-MERCHERS.

2. F. 'T KINT, *o.c.*, p. 47, n° 72.

- «Le contrat contient l'intégralité des conventions passées entre [la société X] et le client en ce qui concerne le dépannage de l'équipement. Il annule et remplace tous les autres termes et conditions ou conventions, stipulations, correspondances antérieures relatifs au dépannage de l'équipement formulés verbalement ou par écrit par le client ou par X. Aucune modification, suppression ou addition ne peut être apportée au contrat sans l'accord écrit des deux parties»

Pareille clause n'est pas sans danger pour le client¹. En effet, elle permet au fournisseur de revenir sur certains engagements antérieurs. Ainsi, il peut être tenté de gommer un engagement de conformité fonctionnelle du système pris lors de la phase des pourparlers, de sorte qu'il resterait uniquement tenu d'une garantie de simple conformité technique. Le client doit donc veiller à rejeter cette clause ou exiger que le fournisseur intègre certains engagements importants dans les quatre coins du contrat (*voir n° 220 de ce livre*).

Signalons que la clause des quatre coins est, en principe, valable en tant qu'elle vise à limiter l'engagement contractuel au seul contenu des dispositions expresses du contrat (par application du principe de l'autonomie de la volonté). En revanche, elle est plus discutable en tant qu'elle permettrait de limiter les pouvoirs du juge dans l'interprétation des clauses ambiguës ou contradictoires. En effet, pour découvrir la commune intention des parties par delà la lettre des stipulations obscures, il doit pouvoir se référer aux usages et aux faits extrinsèques relevant, significatifs et convergents (parmi lesquels figurent les documents précontractuels) (*voir les art. 1156 et s. C. civ.*).

En tout état de cause, la clause des quatre coins doit toujours être invoquée de bonne foi (*art. 1134, al. 3 et art. 1135 C. civ.*) et ne peut servir à couvrir le dol ou la faute lourde (à moins que cette dernière ne soit explicitement visée)².

220 Inclusion des documents préparatoires

Le client, qui serait particulièrement intéressé à l'intégration au contrat de certains documents préparatoires, peut solliciter du fournisseur une telle inclusion³. Étant incorporés au contrat, ces écrits auront valeur obligatoire entre parties au même titre que celui-ci (*art. 1134, al. 1, C. civ.*).

Que peut-on conseiller à qui souhaiterait faire éclater le carcan contractuel trop étroit que réalise la clause des quatre coins, de manière à étendre le champ des engagements contractuels?

On peut songer à annexer les documents préparatoires au contrat. Grâce à cette annexe, les pièces préparatoires pourront faire partie du domaine du contrat. Ce procédé permet, le cas échéant, au client d'exiger de son fournisseur plus que la simple conformité technique du système fourni: celui-ci doit répondre, en outre, aux fins auxquelles le client le destine⁴ (*voir n° 380 de ce livre*).

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue l'utilité du *préambule* du contrat qui rappelle les grandes étapes de la négociation et les objectifs poursuivis par le client à l'occasion de l'informatisation de son entreprise. Ce préambule est, en effet, un précieux instrument d'interprétation de la convention dont le juge ou l'arbitre pourra faire usage en cas de différend.

1. Y. POULLET, *o.c.*, pp. 185-187.

2. À propos du régime juridique des clauses de non-engagement, voir n° 420 de ce livre.

3. Y. POULLET, *o.c.*, pp. 188-190.

4. À ce propos, voir Y. POULLET et Ph. ULLMAN, 'Jurisprudence belge récente relative aux contrats informatiques', *R.D.C.*, 1983, pp. 495 et s.

SECTION 3. LA QUALIFICATION DES CONTRATS DE FOURNITURES INFORMATIQUES

230 Pourquoi qualifier?

La qualification est «l'opération de l'intelligence consistant à rattacher un acte, un fait, une situation juridique à un groupe déjà existant»¹. Dans la matière des contrats, «la question est de savoir (...) dans quelle catégorie contractuelle il convient de classer tel contrat individuel pour déterminer le régime juridique qui lui est applicable»².

Il faut toutefois rappeler que la plupart des règles régissant les contrats spéciaux du Code civil sont supplétives au sens où les parties peuvent y déroger librement. Dans cette dernière hypothèse, elles ont néanmoins vocation à s'appliquer en cas de silence ou d'ambiguïté des clauses du contrat à propos d'un point litigieux.

240 Comment qualifier?

La qualification exige une double démarche de l'esprit.

D'une part, il y a lieu de déterminer les éléments caractéristiques d'un type de contrat. En effet, «toute qualification implique l'existence d'un ou de plusieurs éléments de base unis les uns aux autres par une certaine structure»³. Ainsi par exemple, les éléments de la vente sont une chose, un prix et un transfert de propriété. Il appartient surtout à la loi de fixer les éléments constitutifs de chaque qualification. Mais la jurisprudence joue aussi un rôle en ce domaine dans la mesure où «elle propose et adopte certains critères, adapte, déforme et invente de nouvelles qualifications»⁴.

D'autre part, il s'agit d'interpréter la volonté des parties en cherchant à découvrir les obligations qu'elles ont voulu faire naître. Cela revient à prendre en considération «le but poursuivi par les parties»⁵ ou encore l'économie du contrat telle qu'elle ressort de l'agencement de ses différentes clauses.

En principe, l'opération de qualification est préalable à l'application du régime juridique auquel elle est censée soumettre le contrat. Cependant, les règles de droit projetées influent parfois, de quelque façon, sur la qualification, en manière telle que l'on a pu parler d'un «réflexe du régime sur la qualification»⁶. Les parties ne peuvent toutefois pas agir à leur gré sur les qualifications en les appliquant à un contenu contractuel ne correspondant pas aux éléments requis par la figure juridique adoptée. Dans certaines limites, la jurisprudence reconnaît au juge le pouvoir de redresser une qualification erronée, notamment pour faire échec à un détournement de qualification opéré dans le seul but d'échapper à la rigueur de certaines dispositions légales⁷.

1. R. GUILLIEN et J. VINCENT (sous la direction de), *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1981, p. 346.

2. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit Civil. Les contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1988, p. 14, n° 7.

3. F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. LE BALLE, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 14, n° 7.

4. *Ibid.*, p. 8, n° 9.

5. *Ibid.*, p. 5, n° 6.

6. F. TERRE, *L'influence...*, *o.c.*, p. 12, n° 13.

7. Pour un approfondissement de la question, voir Cass., 24 nov. 1978, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 5 et s., et la note de J. VAN COMPERNOLLE, 'L'office du juge et le fondement du litige', pp. 14-38 et les réf. citées. Voir aussi E. KRINGS, 'L'office du juge dans la direction du procès', *J.T.*, 1983, pp. 513-521 et les réf. citées.

§ 1. Les cas simples

250 La fourniture de matériel informatique

À l'instar de n'importe quel autre bien mobilier corporel, le matériel informatique peut faire l'objet d'un contrat de vente, de location ou de leasing. Les règles de la figure juridique retenue s'appliquent dans chaque cas d'espèce. Cette question ne nécessite pas de développements particuliers; qu'il nous suffise de renvoyer au régime de droit commun des contrats cités¹.

260 Le développement de logiciel sur mesure

Le contrat de développement de logiciel sur mesure est qualifié par une doctrine unanime de louage d'ouvrage étant donné que son objet consiste fondamentalement en une prestation de travail, de nature intellectuelle: analyse, conception et programmation². Deux autres éléments, de nature bien différente, confortent cette position: l'absence presque totale de matière fournie³ et la conformité de cette solution avec une jurisprudence majoritaire en droit de la propriété intellectuelle, qui qualifie de contrats d'entreprise les contrats de commande d'œuvres littéraires ou artistiques⁴.

§ 2. Les opérations complexes

270 Le contrat «clé en mains»

Cette appellation a été proposée pour couvrir le cas de la fourniture d'un système informatique complet dont la conception, la réalisation, l'installation et la mise au point reposent sur la seule initiative du fournisseur. Ce contrat se caractérise donc par l'absence d'initiative dans le chef de l'utilisateur, résolument profane, qui s'en remet pleinement au fournisseur. Dans une telle hypothèse, il a été soutenu qu'il fallait privilégier le critère psychologique, la volonté de l'utilisateur⁵: celui-ci se comporte nettement plus en acheteur qu'en maître d'œuvre. Selon G. VINEY, «le contrat de vente prend alors une telle importance qu'il en vient à masquer complètement le contrat d'[entreprise]»⁶. Elle en conclut que le contrat «clé en mains» doit être qualifié de vente. Une autre partie de la doctrine analyse toutefois ce contrat en un contrat

1. Voir Livre 32 (La vente) et Livre 47 (Le leasing). Sur le louage de chose, voir les références citées au n° 330 de ce livre.

2. Voir not. F. TOUBOL, *Le logiciel. Analyse juridique*, Feduci, L.G.D.J., Paris, 1986, p. 117, n° 138; J. HUET, 'La modification du droit sous l'influence de l'informatique: aspects de droit privé', *J.C.P.*, 1983, I, 3095, n° 27; Ph. LE TOURNEAU, 'Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels', *J.C.P.*, G, 1982, I, 3078; P. POULLET, 'Contrats portant sur la fourniture de logiciels', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, p. 341; J.C. DUBARRY, 'Les obligations du fournisseur et de l'utilisateur en matière de contrat de logiciel dans la jurisprudence française', *Dr. inform.*, 1984/3, p. 2, n° 2.

3. Voir not. *Lamy droit de l'informatique*, éd. 1988, n° 455.

4. Voir R. PLAISANT, *Juris-Classeur*, v° *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 9bis, n° 10; F. TOUBOL, *Le logiciel. Analyse juridique*, *o.c.*, n° 139 et les références citées.

5. P. et Y. POULLET, *o.c.*, p. 4, citant G. VINEY, 'La responsabilité des entreprises prestataires de conseils', *J.C.P.*, 1975, I, 2750, n° 39.

6. G. VINEY, *o.c.*, 2750, n° 39.

d'entreprise¹. Cette dernière solution a notre faveur, étant donné la part importante de savoir-faire nécessaire à la mise au point de la solution informatique².

280 **Le contrat à qualification unique**

Lorsque plusieurs prestations de nature distincte s'articulent au sein d'un même contrat global, on constatera parfois la présence d'une prestation principale accompagnée de prestations accessoires. «Ce cas se présentera souvent lors de montages informatiques simples ou relativement standards où la part de conception, d'adaptation et de maintenance est faible»³. Dans cette hypothèse, on retiendra volontiers une qualification unique: celle attachée à la prestation qui présente la plus grande valeur. Ce critère consiste à comparer la (ou les) prestation(s) de travail par rapport aux biens fournis: si la valeur du travail est supérieure à la valeur des biens, on penchera pour le contrat d'entreprise; dans l'hypothèse inverse, on préférera une qualification telle que la vente. La jurisprudence utilise encore d'autres critères⁴. Ainsi, par exemple, elle se réfère parfois à un critère plus psychologique, en décidant que l'opération globale doit être qualifiée de louage d'ouvrage lorsqu'il résulte de l'analyse de la commune intention des parties que le travail accompli est considéré par elles comme principal par rapport à la matière fournie.

290 **Le «contrat mixte»**

On observe parfois aussi dans un contrat global la présence de prestations complémentaires. Dans ce cas, il est courant de retenir les qualifications partielles propres à chacune d'elles et d'affirmer dès lors la pluralité des régimes⁵. Ainsi, par exemple, le fournisseur «du système informatique cumulera dans un même contrat les qualités de conseil et de vendeur (ou de bailleur)»⁶. En présence d'un tel contrat mixte, la jurisprudence opte pour une application distributive des règles relatives soit à la vente (au louage de chose ou au leasing), soit au louage d'ouvrage en fonction de l'origine du manquement ou du défaut⁷.

1. *Lamy droit de l'informatique*, 1995, p. 539, n° 831, et les réf. citées; P. GLINEUR, *Droit et éthique de l'informatique*, Coll. À la rencontre du droit, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 170, n° 262.

2. En ce sens: Aix, 7 févr. 1991, *Juris-Data*, n° 045582, cité et commenté par M. VIVANT et A. LUCAS, 'Chronique. Droit de l'informatique', *J.C.P.*, E, 1993, I, 246, p. 242, n° 14.

3. P. et Y. POULLET, *o.c.*, p. 4.

4. Sur cette question, voir M.-A. et Ph. FLAMME, *Le contrat d'entreprise, quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 13-15, n°s 2 à 4, et les nombreuses références.

5. *Ibid.*

6. G. VINEY, *o.c.*, 2750, n° 37.

7. À propos du contrat mixte, voir not. M.-A. et Ph. FLAMME, 'Chronique de jurisprudence. Le contrat d'entreprise', *J.T.*, 1976, n° 4.

§ 3. Les opérations sur logiciels standard

300 Une question vivement controversée

La question de la qualification des contrats de mise à disposition d'un logiciel standard continue de diviser la doctrine¹.

Les qualifications généralement retenues sont soit la vente, soit le louage de chose, soit le louage d'ouvrage. On les expose tour à tour, de manière critique.

310 La thèse de la vente: exposé et réfutation

Une partie de la doctrine considère que le contrat portant sur l'«acquisition» d'un logiciel standard est une vente². S'agissant en particulier des progiciels commercialisés – sur un support matériel – dans les grands circuits de distribution, la qualification de vente est retenue par certains à la faveur d'une analogie avec l'acte d'acquisition d'un livre. En effet, personne n'a jamais contesté qu'une telle opération pouvait être qualifiée de vente. Il ne devrait pas en être différemment, argumente-t-on, pour le logiciel que l'on se procure dans une grande surface ou dans une «boutique» spécialisée³.

L'intérêt majeur que présente la figure juridique de la vente réside évidemment dans l'obligation qui en découle pour le vendeur de garantir l'acheteur contre les vices cachés⁴. Certains fournisseurs se sont toutefois rapidement rendus compte que le contrat de vente leur imposait un régime rigoureux de responsabilité⁵. Aussi n'ont-ils pas hésité longtemps à «rebaptiser» l'opération en usant de formules telles que «concession d'une licence d'utilisation» ou «concession d'un droit d'usage». Ces

1. Parmi les principales contributions sur le sujet, cons. A. BERTRAND, *Contrats informatiques. Services et conseils*, Paris, Éd. des Parques, 1983, pp. 29-33; H. CROZE et Y. BISMUTH, 'Le contrat dit de licence de logiciel', *J.C.P.*, éd. C.I., 1986, 14659, pp. 121-127; G. DEWULF, M. SCHAUS et R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel. Aspects juridiques et techniques*, Cahier du C.R.I.D., n° 3, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1989, pp. 20-30, n°s 2-13; J.-C. DUBARRY, 'Les obligations du fournisseur et de l'utilisateur en matière de contrat de logiciel dans la jurisprudence française', *Dr. inform.*, 1984/3, pp. 1 et s.; P. GAUDRAT, 'Les contrats de fourniture de logiciel. Conséquences contractuelles de la loi du 3 juillet 1985', *D.I.T.*, 1986/2, pp. 55-70; P.-Y. GAUTIER, *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, pp. 373-377; P. GLINEUR, *Droit et éthique de l'informatique*, Coll. À la rencontre du droit, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, pp. 166-170, n°s 256-262; J.-L. GOUTAL, note sous Paris (5^e ch.), 4 janv. 1980, *J.C.P.*, 1982, II, 19734; J. HUET, obs. sous Comm. Paris, 5 juin 1984, *D.*, 1985, I.R. 46; J. HUET et H. MAISL, *Droit de l'informatique et des télécoms*, Paris, Litec, 1989, pp. 439-448, n°s 448-461; Ph. LE TOURNEAU, 'Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels', *J.C.P.*, G, 1982, I, 3078; X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, *Les contrats informatiques*, Paris, Delmas, 1984, pp. 99-104; A. LUCAS, *Le droit de l'informatique*, Coll. Thémis, Paris, P.U.F., 1987, pp. 395-407, n°s 333-337; E. MACKAAY, 'Le marché du progiciel – licence ou vente?', *Les cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 6, n° 3, 1994, pp. 401-416; P. POULLET, 'Contrats portant sur la fourniture de logiciels', *Le droit des 'contrats informatiques'*, o.c., pp. 336-360; P. et Y. POULLET, 'Les contrats informatiques. Réflexions sur dix ans de jurisprudence belge et française', *J.T.*, 1982, pp. 3-5, n°s 6-10; F. TOUBOL, *Le logiciel. Analyse juridique*, Paris, Feduci, L.G.D.J., 1986, spéc. pp. 110-128, n°s 130-148; *Lamy droit de l'informatique*, 1995, pp. 532 et s., n°s 816 et s.
2. P.-Y. GAUTIER, o.c., pp. 373 et s.; Ph. LE TOURNEAU, 'Très brèves observations...', *J.C.P.*, 1982, I, 3078; E. MACKAAY, o.c., pp. 409 et s.; R.T. NIMMER, *The Law of Computer Technology*, Boston-New York, Warren, Gorman et Lamont, 2^e éd., 1992, pp. 7-78, spéc. § 7.24. Comp. J. HUET, note sous Comm. Paris, 5 juin 1984, o.c., I.R. 45; *Idem*, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Paris, Litec, 1987, n°s 118, 119 et 181; J. HUET et H. MAISL, *Droit de l'informatique et des télécoms*, Paris, Litec, 1989, n° 45.
3. Voir en particulier J. HUET, note sous Comm. Paris, 5 juin 1984, o.c., I.R. 45.
4. À ce propos, voir D. DELAVAL, 'La responsabilité du créateur de logiciel et ses limites', *Gaz. Pal.*, 1992, doctr., pp. 4-10; C. LAROCHE-VIDAL, 'Cette obscure clarté. Un coup de projecteur sur les vices cachés', *Expertises*, n° 115, 1988, pp. 123-124.
5. En ce sens: A. LUCAS, o.c., p. 395, n° 333; F. TOUBOL, o.c., p. 113, n° 133. Voy. aussi H. CROZE et Y. BISMUTH, o.c., p. 122, n° 4.

expressions qui, en soi, ne constituent pas une qualification juridique se sont bien vite imposées dans la pratique.

Non sans flottements, la jurisprudence a parfois adopté la figure de la vente pour nommer le contrat de mise à disposition d'un progiciel¹.

Cette analyse n'emporte pas notre adhésion. Afin d'éviter toute équivoque, il apparaît important de souligner que le rejet de la vente n'est pas motivé par la nature immatérielle du logiciel, objet de l'obligation principale du contrat. La vente de choses incorporelles est, en effet, admise de longue date sans qu'aucune hésitation ne soit possible².

Fondamentalement, le contrat de vente (*stricto sensu*) vise à transférer la propriété d'une chose, corporelle ou incorporelle. À défaut de mutation de propriété, une convention ne peut donc être qualifiée de vente³.

Cela dit, la cession d'un autre droit réel que la propriété – un usufruit, une servitude... – est également concevable et s'analyse comme une vente au sens large. On peut en dire autant de la cession de n'importe quel droit patrimonial – comme, par exemple, une créance⁴. Mais, en toute hypothèse, la qualification de vente n'est appropriée que si le titulaire du droit réel ou patrimonial se dépouille entièrement et à titre définitif de son droit⁵.

Pour qu'il y ait effectivement vente d'un progiciel, il faut que le bien en question soit le siège d'un droit de propriété intellectuelle et que celui-ci soit transmis de manière définitive, *quod non*. En effet, loin d'aliéner ses droits de propriété intellectuelle, le fournisseur concède juste un droit d'utilisation, strictement personnel et limité – parfois à une configuration informatique déterminée, à un site ou à une entreprise – et non exclusif de l'exemplaire de l'œuvre fourni au client⁶. Bref, l'utilisateur est seulement investi d'un droit d'usage plus personnel que réel sur le progiciel. Les parties n'entendent aucunement entrer dans la logique d'une vente⁷.

1. Voir Cass. com., 22 mai 1991, *J.C.P.*, G, 1992, II, 21792, pp. 35-36, note J. HUET. Pour de nombreuses références jurisprudentielles à des décisions rendues par des juridictions de fond, voir *Lamy droit de l'informatique*, 1995, p. 533, n° 816. En jurisprudence belge, voir Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, pp. 206-208; Comm. Charleroi, 19 janv. 1993, *R.R.D.*, n° 68, 1993, pp. 404 et s., note E. MONTERO.

2. Voir p. ex. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1954, t. 2, n° 179; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 494; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique du droit civil. Du contrat de louage*, t. I, Paris, 1898, p. 8, n° 11, auquel renvoie également H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, p. 469, n° 489; *Lamy droit de l'informatique*, 1991, 545.

S'agissant de la transmission d'un droit, on parle, il est vrai, plus volontiers de cession. Il n'en demeure pas moins que celle-ci obéit aux règles de la vente. Cf. not. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, 2^e éd. par J. HAMEL, F. GIVORD et A. TUNC, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 382, n° 307; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *o.c.*, p. 56, n° 62; Ph. GAUDRAT, 'Les contrats de fourniture de logiciels...', *o.c.*, p. 58.

3. J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, *Traité des contrats sous la dir. de J. GHESTIN*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 45, n° 51.

4. J. GHESTIN et B. DESCHE, *o.c.*, p. 46, n° 51.

5. Comp. P.-Y. GAUTIER, *o.c.*, pp. 373 et s.

6. Parfois, certaines prérogatives d'ordre patrimonial sont concédées notamment un droit de reproduction ou d'adaptation mais jamais le droit dans toute son étendue.

7. En ce sens: P. MALAURIE et L. AYNES, *o.c.*, p. 233, n° 512, note 29; M. VIVANT et A. LUCAS, 'Chronique. Droit de l'informatique', *J.C.P.*, éd. E, 1993, 246, p. 242, n° 14; X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, *Les contrats informatiques*, Paris, Delmas, 1984, p. 99. En jurisprudence, voir p. ex. Montpellier, 2 juill. 1991, *D. I. J.*, 1992, p. 42: 'La qualification de 'vente' donnée à une convention portant sur l'acquisition d'un logiciel est impropre dans la mesure où il ne s'agit que de la concession de prérogatives limitées'.

320 **Précisions**

D'aucuns restent toutefois tentés de récuser ces propos en arguant du fait qu'à propos de l'acquisition d'un livre (d'un disque ou d'une cassette), personne n'a jamais songé à écarter la qualification de vente¹. L'acheteur ne devient pourtant, pas plus que pour un logiciel, titulaire des droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre incorporée au support «papier» (livre). Cette comparaison ne saurait abuser; elle ne contredit nullement notre analyse.

À vrai dire, c'est par commodité que l'on parle de vente d'un livre alors qu'en réalité *seul le support matériel est visé*. Le transfert de la propriété du support n'épuise toutefois pas toute l'essence de l'opération car l'acheteur obtient parallèlement, *par l'effet d'une convention distincte*, la possibilité d'accéder à la création intellectuelle qui est sur le livre². Ainsi, même dans le cas du livre, la qualification de vente concerne uniquement le support; elle est inapte à fournir le régime juridique de la communication de l'œuvre qui, elle, ne fait pas l'objet d'une vente. Autrement dit, en matière de livre aussi, il y a lieu de dissocier l'œuvre et le support.

Avec l'avènement de l'informatique, il apparaît mieux que l'économie véritable de l'opération est la communication de l'œuvre – logicielle ou littéraire, c'est selon – et qu'il est inexact d'y voir une vente à défaut de mutation de propriété (sauf en ce qui concerne le support). De nos jours, une œuvre – un logiciel, une œuvre littéraire... – peut être communiquée sans la délivrance du support, par télé-déchargement. Dans ce cas, le contrat relatif à la communication de l'œuvre apparaît au grand jour. Il ne peut s'analyser en une vente puisqu'aucune propriété n'est transférée. Or, l'opération étant essentiellement la même, qu'un logiciel (ou une œuvre littéraire) soit communiqué par l'intermédiaire d'un support matériel, par voie télématique ou par diffusion hertzienne, elle doit recevoir la même qualification³.

Même dans l'hypothèse du livre, les parties ont toujours été bien conscientes que les effets attachés à cette qualification de vente concernent uniquement le support. Aucun lecteur n'a jamais songé à assigner son libraire sur la base de la garantie des vices cachés, pour des défauts liés au contenu de l'œuvre. C'est toujours sur un fondement quasi-délictuel que le lecteur, victime d'une information défectueuse, recherche la responsabilité de l'auteur, voire de l'éditeur, pour des défauts inhérents au contenu de l'œuvre elle-même⁴.

À propos des contrats de progiciels, certains auteurs ont parlé de «vente non franche»⁵ ou de «vente d'usage» conférant une «propriété d'usage»⁶. Dans les deux cas, il s'agit d'indiquer que l'acheteur ne dispose pas des attributs typiques du véritable propriétaire.

En l'état actuel du droit, les expressions susmentionnées présentent l'inconvénient de dénaturer les concepts de «vente» et de «propriété»⁷. Ces artifices ne sont, du reste, pas vraiment nécessaires puisqu'après avoir soigneusement dissocié support matériel

1. Cf. J. HUET, note sous Comm. Paris, 5 juin 1984, *o.c.*, p. 45. Comp. E. MACKAAY, *o.c.*, pp. 410-412.

2. Dans le même sens, voir M. VIVANT, 'Droit de l'informatique: droit commun ou droit spécifique?', *Rev. trim. du ressort de la Cour d'appel de Versailles*, n° 10, 1988, p. 84.

3. En ce sens: A. LUCAS, *o.c.*, p. 397, n° 334; Ph. GAUDRAT, *o.c.*, p. 55, n° 2, note 2.

4. Par contre, il n'est pas impensable que l'acheteur d'un ouvrage dont la couverture est abîmée ou dont certaines pages manquent ou sont froissées ou déchirées retourne chez son libraire pour réclamer un autre exemplaire. Mais dans ces hypothèses, c'est uniquement le support qui est en cause.

5. A. BERTRAND, *Contrats informatiques. Services et conseils*, Paris, Éd. des Parques, 1983, p. 31; *Idem*, *Protections juridiques du logiciel*, Paris, Éd. des Parques, 1982, p. 136.

6. J. HUET, note sous Comm. Paris, 5 juin 1984, *o.c.*, I.R. 44.

7. Rien n'y fait: la vente est fondamentalement un contrat translatif de propriété. Par ailleurs, la propriété confère plus de prérogatives qu'un simple droit d'usage.

et création intellectuelle, il suffit de considérer qu'il y a deux conventions réunies en une même opération: l'une sur le support, qui peut être une vente, l'autre sur le bien incorporel¹.

330 La thèse du louage de chose: exposé et appréciation

Plusieurs auteurs ont proposé d'analyser en un louage de chose la convention par laquelle est concédé le droit d'utiliser un logiciel standard². Selon une autre opinion, cette qualification doit être réservée au seul cas où le logiciel est le siège d'un droit privatif³.

Sans entrer dans les détails, nous nous contenterons d'exprimer notre perplexité à l'égard de cette qualification. Le bail est, *par nature*, un contrat à *exécution successive*, ce qui implique un élément de durée («pendant un certain temps» précise l'art. 1709 C. civ.). À défaut d'accord des parties sur la durée, le contrat de bail n'est pas formé⁴. En outre, chaque fois que la nature du bien loué n'y fait pas obstacle, il oblige à la *restitution de la chose* à l'expiration du contrat. L'article 1709 interdit la conclusion d'un bail perpétuel, mais il n'impose pas aux parties de préciser la durée limite de leur accord⁵. Lorsqu'elles ont fixé expressément la durée du bail, aucune difficulté ne se présente. Si elles ne l'ont pas explicitement déterminée, le bail peut être soit à durée implicitement déterminée (auquel cas, il faudrait la rechercher dans leur intention commune), soit à durée indéterminée (dans ce cas, le bail est résiliable unilatéralement, moyennant un certain préavis).

Or, à notre connaissance, en cas d'«acquisition» d'un logiciel de grande distribution, le droit de jouissance est toujours irrévocablement acquis à l'utilisateur. Le contrat – qui n'oblige à aucune restitution – précise, d'ordinaire, que «la licence est consentie sans limitation de durée». En pratique, il n'est pas concevable que les parties contractantes puissent y mettre fin unilatéralement à tout moment. Par conséquent, dans cette hypothèse, il paraît plus indiqué de se référer à un contrat instantané plutôt qu'à un contrat à prestations successives tel que le bail. En revanche, si la licence d'utilisation est effectivement concédée pour un temps, nous ne voyons pas d'inconvénient à ce que la convention s'analyse en un louage de chose.

340 La thèse du louage d'ouvrage: exposé et appréciation

Il a été soutenu que le contrat de progiciel s'analyse en un louage d'ouvrage⁶.

Le louage d'ouvrage est certes une catégorie accueillante. Mais il faut se garder d'en faire une notion à ce point générique qu'elle engloberait pratiquement tous les contrats imaginables. Pour qu'un contrat soit un louage d'ouvrage, son objet doit être

1. Rapp. M. VIVANT, 'Le 'produit informatique'. Discours sur un discours', *D.*, 1989, chron. XXI, p. 142. Pour un raisonnement similaire dans l'hypothèse des licences de *shrink wrap*, voir M. VIVANT, 'Le contrat dit de *shrink wrap license*', *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, Suppl. au n° 8, nov. 1989, H, pp. 3-5.
2. P. POULLET, *o.c.*, p. 343; *Lamy Droit de l'informatique*, 1995, p. 534, n° 819; G. DEWULF, M. SCHAUS et R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel. Aspects juridiques et techniques*, Cahier du C.R.I.D., n° 3, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, p. 21.
3. *Lamy droit de l'informatique*, p. 534, n° 819.
4. A. BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 176, n° 314 et p. 181, n° 321.
5. Voir p. ex.: H. DE PAGE, *Traité*, t. IV, p. 459, n° 482 et p. 544, n° 560; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, 'Le louage de chose', *Les Nouvelles. Droit civil*, t. VI, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1964, p. 166, n°s 288 et 289; Y. MERCHERS, 'Le bail en général', *Rép. not.*, t. VIII, Livre I, Bruxelles, Larcier, 1989, p. 222, n° 385; A. BENABENT, *o.c.*, p. 181, n° 321.
6. A. LUCAS, *o.c.*, p. 407, n° 337; *Lamy droit de l'informatique*, 1995, p. 535, n° 821 (ces auteurs réservent cette qualification à l'hypothèse où le logiciel n'est pas protégé par un droit intellectuel).

une activité de l'homme, une prestation de travail. C'est ce qui fait du louage d'ouvrage un contrat nettement distinct du louage de chose¹. Ces deux types de contrats ont pour objet une obligation de faire. Mais, dans le louage de chose, cette obligation ne porte pas sur la prestation de l'activité humaine; le bailleur se borne à permettre l'usage et la jouissance d'une chose. Il ne preste pas un travail mais un simple fait relativement à une chose². À méconnaître cette distinction, on dissout le louage de chose dans le louage d'ouvrage alors que le Code civil en a fait deux contrats distincts.

In casu, la «chose» – le progiciel – qui fait l'objet de l'obligation principale du contrat préexiste à la formation de ce dernier. Le fournisseur n'a aucun *travail* à réaliser. Il doit juste prester un fait: concéder l'usage et la jouissance du bien soit par la tradition du support sur lequel il est enregistré soit par télé-déchargement. La qualification de contrat d'entreprise doit donc être écartée.

350 En conclusion

Aucune des qualifications examinées ne paraît apte à rendre compte de la nature exacte de la convention portant sur la mise à disposition d'un progiciel – bien incorporel préconstitué –, sans transfert de propriété et pour une durée généralement illimitée.

Nous parlerions volontiers de contrat «*sui generis*» ou de «contrat d'usage»³ pour nommer ce type de contrat.

Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, on peut toutefois concevoir de l'analyser en un louage de chose.

SECTION 4. LE CONTENU DES CONTRATS DE FOURNITURES INFORMATIQUES

360 Objet et limites du chapitre

L'analyse du contenu des contrats de l'informatique n'est concevable, idéalement, qu'en considération des situations concrètes que les parties entendent régler. Le principe d'autonomie de la volonté permet, en effet, aux parties de donner libre cours à leur imagination. Cette liberté contractuelle est à l'origine de solutions multiples, originales, dont on ne saurait restituer toutes les nuances. On constate néanmoins que, par-delà une certaine diversité, il est possible de pointer de nombreuses similitudes. Nous envisageons d'étudier ces problèmes récurrents et les clauses, devenues classi-

1. Voir M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, par J. HAMEL, F. GIVORD et A. TUNC, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 534, n° 418; H. DE PAGE, *Traité*, t. IV, p. 452, n° 480. Dans le même sens, pour dénier au contrat de progiciel la qualification de louage d'ouvrage: P. GLINEUR, *o.c.*, p. 167; F. TOUBOL, *o.c.*, p. 119, n° 140.

2. Récemment, un auteur a distingué, parmi les prestations de services *lato sensu*, d'une part, celles qui ne requièrent du débiteur de l'obligation principale – qualifiée d'obligation de faire – qu'une 'intervention passive', tel le louage de chose et, d'autre part, celles 'qui impliquent une véritable obligation de faire au véritable sens du terme, autrement dit les contrats qui requièrent du débiteur de l'obligation principale un certain travail, une certaine activité' (F. GLANSDORFF, 'Les contrats de service: notion et qualifications', *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1994, pp. 1-25, spéc. p. 6, n° 5). Le contrat d'entreprise est rangé dans cette dernière catégorie de contrats dits de services et appelés parfois aussi 'contrats d'activités' (Voir not. X. DIEUX, note sous Cass., 4 sept. 1980, *R.C.J.B.*, 1981, pp. 523 et s., not. p. 537).

3. Voir le plaidoyer fait en ce sens par N. MALLET-POUJOL, *La commercialisation des banques de données*, Paris, C.N.R.S. éd., 1993, p. 353, n° 410, dans l'hypothèse voisine du contrat de mise à disposition d'une base de données.

ques, qui s'y rapportent. On s'intéressera, en particulier, aux questions les plus sensibles telles que les clauses limitatives de responsabilité, l'accès aux codes sources,...

§ 1. La livraison des fournitures et leur acceptation

370 La délivrance et l'installation

Nonobstant les problèmes liés à la qualification des contrats de fournitures informatiques, on constate que tous ces contrats visent notamment à mettre certains biens informatiques à la disposition du créancier. Dans ce domaine, la délivrance s'entend comme «la mise à la disposition de l'utilisateur de l'objet du contrat de manière telle que celui-ci puisse s'en servir compte tenu de sa nature et de sa destination»¹. Ainsi, au-delà de la simple délivrance matérielle des éléments d'un système informatique, le fournisseur a une obligation d'installation et de mise en route du système; celle-ci peut se définir comme «l'opération qui fait suite à la mise à disposition du matériel et par laquelle le fournisseur prend toutes les mesures adéquates (câblage, raccordement électrique...) pour rendre la configuration opérationnelle»². Cette obligation d'installation, qui sera explicitée dans la plupart des contrats de l'informatique, se justifie par le fait que la remise doit rendre possible le contrôle de conformité.

À ce stade, se pose la question des accessoires nécessaires, qui doivent accompagner la chose livrée (*voir not. art. 1615 C. civ.*). Nous ne saurions trop insister sur la nécessité pour les parties de déterminer les biens à fournir et les accessoires qui s'y rattachent avec précision. À défaut, la jurisprudence s'efforce, dans une certaine mesure, d'établir ce qui doit ou non être considéré comme un accessoire nécessaire.

Il a été jugé que la documentation technique du matériel et des programmes constituaient des accessoires du système informatique. Certaines décisions ont exigé que ces documents soient rédigés en français, langue de l'utilisateur³. Il a été jugé que le logiciel de base constituait un accessoire de l'équipement, en ce sens que sans le système d'exploitation, l'ordinateur est un objet inutile. Cette solution est aujourd'hui remise en question. La différence du régime juridique relatif au matériel et au logiciel conduit, parfois, à rendre autonomes le contrat de mise à disposition du système d'exploitation et le contrat concernant le matériel⁴. Les logiciels d'application, quant à eux, ne sont naturellement pas considérés comme des accessoires de l'équipement: l'obtention d'un matériel n'emporte pas, par le fait même, le droit d'exiger du fournisseur qu'il délivre les applications souhaitées⁵. Il est des hypothèses où les codes sources des logiciels sont considérés comme des accessoires de ces derniers (*voir n° 520 de ce livre*).

380 L'obligation de livrer une chose conforme

La bonne exécution de l'obligation de délivrance suppose que la chose délivrée soit en tous points conforme à la chose convenue. Cela implique, tout d'abord, que tout ce qui faisait l'objet de l'opération globale soit effectivement livré. En outre, il faut que le

1. P. et Y. POULLET, *o.c.*, p. 18, n° 30.

2. X. THUNIS, 'L'environnement physique – La livraison et l'installation', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, pp. 237-238.

3. Paris, 29 mai 1980, *Expertises*, 1980, n° 20, p. 15; Dijon, 19 déc. 1991, *Juris-Data*, n° 48379.

4. *Lamy droit de l'informatique*, p. 642.

5. Sur ces questions, voir *Lamy droit de l'informatique*, p. 642, n° 1037.

client obtienne la satisfaction attendue, en ce sens que le système doit atteindre les objectifs fixés par le client et définis au contrat ¹. La jurisprudence consacre de plus en plus cette obligation de conformité fonctionnelle en sus de l'obligation de conformité technique: «La conformité suppose (...) que l'utilisateur puisse se servir efficacement et normalement de l'objet livré, compte tenu de sa nature et de sa destination» ².

«Qu'en matière informatique, l'obligation de délivrance ne se limite certes pas à la livraison du matériel informatique mais comporte également l'installation de ce matériel, c'est-à-dire la mise en route nécessaire pour rendre le système informatique vendu opérationnel» ³.

«Attendu que la responsabilité d'un fournisseur d'informatique de gestion ne saurait se limiter à la délivrance matérielle des produits (matériels et logiciels) surtout lorsqu'il s'agit de produits standards, mais qu'elle s'étend, sans être pour autant une obligation de résultats, au fonctionnement satisfaisant de cet ensemble indissociable que sont le matériel et les logiciels,...» ⁴.

«Ne remplit pas son obligation de livrer un objet conforme le fournisseur qui a livré une configuration qui n'apporte pas une solution adéquate au problème de son client, à savoir la gestion des ventes et qui ne s'insère pas de manière rationnelle dans son entreprise» ⁵.

390 Le contrôle de la conformité

Si, classiquement, le contrôle de la conformité s'opère au temps de la délivrance par l'agrément de la chose qui couvre les vices apparents, on observe le recours fréquent à la technique de la double réception dans la matière des contrats de l'informatique. En raison de la complexité de l'objet, l'appréciation de la conformité n'est pratiquement possible qu'après une période d'essais et de tests. Cette circonstance explique que la technique de la double réception, empruntée à la matière du contrat d'entreprise, se soit peu à peu imposée en ce domaine ⁶. La réception provisoire débute d'ordinaire à la livraison du système et la réception définitive est, en principe, prononcée à l'issue de la période de tests. Au moment de la réception définitive, le client est censé avoir renoncé aux sanctions du chef de vices apparents ⁷. La réception définitive peut être tacite; ainsi en a décidé la cour d'appel de Liège dans le cas d'un client qui avait commencé à utiliser le système pour encoder les données ⁸.

400 L'obligation de livrer à temps

Lorsque les parties au contrat ont fixé un délai, le débiteur est en faute dès lors que ce délai n'est pas respecté. Le créancier peut, dès ce moment, mettre le fournisseur en

1. *Lamy droit de l'informatique*, pp. 638-639.

2. Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, pp. 510-511, note B. LEJEUNE.

3. Liège, 11 févr. 1993, *J.T.*, 1993, p. 556; *D.I.T.*, 1993/4, p. 54.

4. Comm. Paris, 21 oct. 1985, cité in *Lamy droit de l'informatique*, p. 639, n° 1032.

5. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, p. 571 et note G. VANDENBERGHE.

6. À ce propos, voir E. MONTERO, note sous Liège, 11 févr. 1993, *D.I.T.*, 1993/4, p. 56. Cet emprunt terminologique n'implique aucunement que les contrats de vente d'un système informatique seraient des contrats d'entreprise. Pour éviter cet amalgame, certains auteurs suggèrent l'utilisation d'une terminologie spécifique et distinguent le 'contrôle de conformité sur tests' et le 'contrôle de conformité sur charge'. Sur cette question, voir P. et Y. POULLET, *o.c.*, p. 19, n° 34.

7. L'utilisateur a intérêt à ce que la période de temps qui sépare les deux réceptions soit suffisamment longue (six mois, voire un an) afin de permettre la mise en lumière de tous les vices de conformité. On s'avise, en effet, que certaines fonctionnalités sont peu utilisées et qu'il est souhaitable qu'elles aient pu être testées.

8. Liège, 11 févr. 1993, *D.I.T.*, 1993/4, p. 56, note E. MONTERO.

demeure¹; le premier bénéficie alors, dans l'hypothèse d'une vente, de l'option ouverte par l'article 1610 du Code civil, à savoir la résolution du contrat ou la mise en possession. On signale que l'acheteur qui invoque un retard dans la livraison alors que le délai était de rigueur doit lui-même agir dans les délais: «La bonne foi devant présider aux relations contractuelles s'oppose à (ce qu'il) se prévale (d'un retard) pour la première fois...deux ans après avoir accepté la livraison effectuée»².

La grande majorité des contrats de l'informatique stipulent que la date de livraison est donnée de façon «purement approximative», qu'elle n'a qu'une valeur «indicative» ou encore que «l'équipement sera livré et installé dès que cela sera raisonnablement possible». L'échéance d'un délai indicatif ne met pas juridiquement le fournisseur en état de retard. L'acquéreur ne peut donc obtenir ni l'exécution en nature ni la résolution du contrat ni des dommages et intérêts. En pareille hypothèse, on considère néanmoins que le fournisseur a l'obligation de livrer dans un délai raisonnable³.

410 La garantie de bon fonctionnement

Lorsque la qualification de vente peut être retenue⁴, l'utilisateur bénéficie de la garantie des vices cachés prévue aux articles 1641 et suivants du Code civil⁵. Cela étant, le client tirera tout bénéfice de l'existence d'une garantie conventionnelle. En effet, la doctrine dominante analyse en termes de complémentarité les rapports entre garantie conventionnelle et garantie légale⁶. À la différence de cette dernière, la garantie conventionnelle couvre, en général, tous les défauts de la chose, qu'ils soient cachés ou apparents, réhibitoires ou non. Par ailleurs, dans le cadre de cette garantie, l'acheteur n'aura pas à prouver l'antériorité du vice. Enfin, l'acheteur pourra obtenir une réparation en nature (remplacement ou réparation de l'objet vicié), ce qui n'est, en principe, pas le cas dans le cadre de la garantie légale⁷. La garantie conventionnelle sera souvent exprimée en ces termes: «La garantie consiste en la réparation ou l'échange des pièces reconnues défectueuses par le fournisseur. Elle s'applique à toutes les pièces, sauf à celles dont la durée normale de fonctionnement est inférieure à la durée de garantie...notamment les transistors, diodes et autres composants qui relèvent seulement de leur éventuelle garantie d'origine».

Les parties seront attentives à la durée de la garantie conventionnelle, dont il convient d'identifier avec précision le point de départ. L'acquéreur a tout intérêt à ce que la garantie conventionnelle prenne effet à dater de la réception définitive. Cependant, en pratique, il arrive souvent que la garantie de bon fonctionnement se situe entre la réception provisoire et la réception définitive (*voir n° 390 de ce livre*).

1. Cette mise en demeure sera automatique si les parties ont précisé dans le contrat qu'il s'agissait d'un délai de rigueur.

2. Comm. Bruxelles, 18 févr. 1980, *Ing.-Cons.*, 1981, p. 224 et note G. VANDENBERGHE.

3. X. THUNIS, 'L'environnement physique – La livraison et l'installation', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, p. 243.

4. La garantie des vices cachés s'applique également dans l'hypothèse d'un contrat de bail (art. 1721 C. civ.).

5. Sur cette question Livre 32 (La vente).

6. P. ANCEL, 'La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière', *Rev. trim. dr. com.*, 1979, pp. 203-229, spéc. pp. 221 et s., n°s 26 et s.; C. JASSOGNE, 'La garantie découlant de la vente: principes et clauses particulières', *Ann. Dr. Lg.*, 1988, pp. 438-449, spéc. pp. 447 et s.; X. THUNIS, E. MONTERO, 'La vente', *o.c.*, n° 750.

7. Sur cette question, voir W. VAN CAUWELAERT, 'Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper', note sous Comm. Louvain, 16 nov. 1979, *R.W.*, 1980-1981, 204-207.

§ 2. Les clauses relatives à la responsabilité

420 Généralités

Dans les contrats de l'informatique, les clauses relatives à la responsabilité du fournisseur sont nombreuses et prennent des formes très variées. Parmi d'autres, on peut retenir la typologie suivante¹:

1. les clauses qui traitent directement des questions de responsabilité soit pour exonérer une partie des conséquences de l'inexécution d'une obligation contractuelle, soit pour limiter sa responsabilité à certains manquements précis ou à des fautes d'une certaine gravité et l'exonérant pour toute autre faute.
2. les clauses qui définissent l'objet du contrat et déterminent le contenu des obligations du fournisseur et qui, ce faisant, tracent le cadre de sa responsabilité contractuelle. Si, dans leur principe, ces clauses se distinguent des clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité, force est de constater qu'il s'agit, là encore, de clauses qui vont fixer les conditions d'existence de la responsabilité. Dès lors on comprendra que la différence entre ces clauses et celles qui limitent la responsabilité est parfois malaisée et repose sur l'interprétation des circonstances de la clause et de l'intention des parties². L'objet des clauses relatives à la définition du contenu des obligations peut être:
 - de restreindre la portée de l'engagement (p. ex.: clause dite «de parfaite information»; clause dite «des quatre coins»);
 - de changer la nature de l'obligation (p. ex.: transformer une obligation de résultat en obligation de moyens);
 - d'alléger les obligations (p. ex.: faire accepter par avance au créancier l'éventualité de certaines imperfections dans l'exécution des obligations du débiteur: non respect d'un délai, performance non atteinte; stipulation selon laquelle l'obligation est remplie du moment que certains moyens, limitativement énumérés, ont été mis en œuvre).
3. les clauses relatives à la garantie conventionnelle qui, sous couvert d'un engagement pris en faveur d'un utilisateur, en arrivent parfois à définir les responsabilités du fournisseur de manière plus restrictive que l'éventuelle garantie légale (*voir n° 410 de ce livre*).
4. les clauses définissant la force majeure ou d'autres causes exonératoires de façon extensive. On observe, dans les contrats de l'informatique, une nette tendance à définir de manière extensive les faits constitutifs de force majeure³. Au terme de longues énumérations, le fournisseur tente d'assimiler à la force majeure des événements qui ne répondent pas aux conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité requises par le droit civil. Le fournisseur s'exonère, en fait, de toute responsabilité dès lors qu'il n'a pu remplir ses obligations à raison de *faits qui échappent à son contrôle*.

1. Pour une synthèse récente sur cette question, voir P. VAN OMMESELAGHE, 'Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge', *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, pp. 181 et s.

2. P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, p. 183. L'auteur souligne toutefois que ces deux types de clauses sont de nature différente.

3. Sur la question du retard dû à un fait constitutif de force majeure voir X. THUNIS, 'L'environnement physique-la livraison et l'installation', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, pp. 247 à 249.

5. les clauses fixant les délais de recours, de réclamation ou d'assignation en justice ou autres, prévus à peine de forclusion, dans des conditions plus restrictives que celles prévues dans le droit commun. Il ne s'agit plus à ce stade de fixer les conditions d'existence de la responsabilité, mais de modaliser les conséquences de cette responsabilité. Dans le même ordre d'idées, on citera encore les clauses qui limitent à un certain plafond le montant de l'indemnité due en cas de dommage.

430 La validité des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité

Considérant que la matière de la responsabilité civile n'est pas d'ordre public, la Cour de cassation admet, dans certaines limites, la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité¹. Ces limites sont les suivantes:

1. *Le respect de l'ordre public et des dispositions légales impératives.* Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité ne sont pas valables lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives. Dans ce cas, elles sont déclarées nulles².
2. *Le dol.* Il est unanimement admis qu'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité doit être déclarée inapplicable en cas de dol³. On peut cependant s'exonérer du dol des préposés.
3. *La faute lourde.* La jurisprudence belge refuse l'assimilation de la faute lourde au dol et admet les clauses qui exonèrent de la faute lourde. Cependant, par un arrêt du 25 avril 1958, la Cour de cassation a nuancé ce principe en décidant que l'efficacité d'une clause d'exonération en cas de faute lourde est subordonnée à la mention expresse de cet effet dans le contrat⁴. dérogeant au droit commun, la clause doit s'interpréter restrictivement et l'on considère dès lors que, sauf volonté certaine en sens contraire, elle ne s'étend pas à la faute lourde.
4. *La clause ne peut vider le contrat de son contenu.* Les clauses limitatives ou exonératoires ne peuvent sortir d'effets lorsqu'elles auraient pour conséquence de vider l'obligation de son contenu. On veut éviter qu'un débiteur s'oblige à une prestation déterminée tout en stipulant qu'il n'est pas tenu de l'inexécution de cette obligation. L'objet, l'étendue et la portée de son obligation dépendraient de sa seule volonté, ce qui est incompatible avec la notion même d'obligation. Celle-ci doit donc être déclarée nulle ou inexistante car affectée d'une condition purement potestative, prohibée par l'article 1174 du Code civil.
5. *Le régime des clauses abusives.* Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur⁵, les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité peuvent également être annulées lorsqu'elles sont tenues pour «abusives» au sens de l'article 31 voire 32 de cette loi. Toutefois, force est de constater que ces dispositions ne trouveront pas à s'appliquer à l'occasion de l'informatisation de

1. P. VAN OMMEFLAGHE, *o.c.*, p. 186, n° 4.

2. Voir P. VAN OMMEFLAGHE, *o.c.*, p. 200, n° 13.

3. La difficulté est de s'entendre sur la notion de dol. Sur cette question voir P. VAN OMMEFLAGHE, *o.c.*, pp. 188-192.; L. CORNELIS, 'La faute lourde et la faute intentionnelle', *J.T.*, 1981, p. 513; J.-L. FAGNART, 'L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant', note sous Cass., 28 févr. 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 256.

4. Cass., 25 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 944; voir égal. Cass., 25 sept. 1959, *J.T.*, 1960, p. 144; Cass., 22 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 863.

5. *M.B.*, 29 août 1991.

l'entreprise¹. En effet, le bénéfice de ces dispositions est réservé au seul consommateur, étant entendu comme «toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou services mis sur le marché» (*art. 1^{er}, 7*). Cela signifie qu'«un professionnel agissant *qualitate qua* ne pourra jamais être considéré comme un consommateur au sens de la loi sur les pratiques du commerce»². Ainsi, un cabinet d'avocat qui acquiert un système informatique pour la gestion de ses dossiers ne peut être considéré comme un consommateur, la circonstance qu'il ne soit pas un professionnel de l'informatique ne changeant rien à cet égard.

440 Illustrations

On se propose de relever ici quelques clauses relatives à la responsabilité et de les commenter brièvement à la lumière des principes rappelés ci-avant.

La présente clause réduit l'obligation du fournisseur à une simple obligation de moyens, limite les dommages pris en considération et plafonne le montant de l'indemnisation: «L'obligation contractée par X dans le cadre de ses prestations, objet du contrat, est une obligation de moyens.

X n'est en aucun cas responsable des dommages indirects tels que, notamment, le manque à gagner, l'augmentation des frais généraux, la perturbation de planning, la perte de profit, de clientèle ou d'économie escomptés, ni de réclamations formulées par un tiers contre le client.

En tout état de cause, l'indemnisation du client pour le dommage éventuel causé par la faute de X ne pourra dépasser 50% du montant total des rémunérations prévues à l'annexe B».

En se référant à la notion de dommage indirect, les contractants entendent vraisemblablement tirer parti de la règle de l'article 1151 du Code civil, dont il résulte que «les dommages et intérêts dus par le débiteur ne doivent comprendre... que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention». Toutefois, cette référence est devenue inutile dès lors que la Cour de cassation interprète les termes de l'article 1151 en ajoutant «c'est-à-dire une suite nécessaire de l'inexécution de la convention»³. Il nous apparaît que l'augmentation des frais généraux, la perturbation de planning, la perte de clientèle, voire la perte de profit peuvent constituer autant de «suites nécessaires» de la mauvaise exécution du contrat, qui, en l'absence de clause, devraient donner lieu à réparation. En d'autres termes, sous couvert de reproduire le

1. La formulation de l'art. 31 – à la différence de celle de l'art. 32 – ne comprend pas de référence explicite aux 'offres en vente et ventes de produits et de services entre un vendeur et un consommateur'. Peut-on en déduire que cette disposition serait applicable entre professionnels? Nous ne le pensons pas. En effet, les art. 31 et 32 figurent dans le chapitre V intitulé 'Dispositions générales concernant les ventes de produits et de services *au consommateur*' (souligné par nous). Les justifications fournies dans les travaux préparatoires de la loi au sujet de la norme générale confirment par ailleurs la volonté du législateur de limiter le bénéfice de la réglementation des clauses abusives aux relations entre «vendeurs» et consommateurs. En ce sens: F. DOMONT-NAERT, 'Les techniques de protection de la partie faible dans les relations contractuelles', n° 23, à paraître; J.-J. ÉVRARD, 'Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur', *J.T.*, 1992, pp. 681-698, spéc. p. 688, n° 42; P. WOLFCARIUS, 'La protection du consommateur en matière contractuelle: la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur', *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1991, pp. 259-340, spéc. p. 319.

2. E. DIRIX, 'De bezwarende bedingen in de W.H.P.', *R.W.*, 1991-1992, p. 595, E. Sur la délicate question de la définition du consommateur, voir Th. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Coll. Droit et Consommation, XVI, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 53, n° 20.

3. Cass., 24 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1087; Cass., 14 oct. 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155.

prescrit légal, la clause analysée limite fortement la responsabilité du fournisseur. Le client doit y être attentif.

La clause suivante définit de manière extensive les circonstances constitutives de force majeure: «Force majeure. X ne sera responsable d'aucun dommage résultant d'un manquement ou d'un retard dans l'exécution de ses obligations contractuelles si la cause de ce manquement ou de ce retard échappe totalement à sa volonté, comme par exemple, le fait du prince, la guerre, l'émeute, la grève ou le manquement de ses propres fournisseurs».

La jurisprudence a sanctionné des clauses qui vident le contrat de son contenu. Ainsi, il a été jugé que «la clause, formulée en termes généraux et absolus, qui exonère un fournisseur en informatique de toute responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle à raison des dommages directs ou indirects ... subis par le client ou par des tiers à la suite de l'utilisation ou de la non-utilisation des programmes aboutit à vider de son contenu l'obligation pesant sur le fournisseur, spécialiste en la matière, de fournir à ses clients des programmes utiles et opérationnels»¹.

On se demande si les clauses qui suivent, extraites de contrats de l'informatique, ne subiraient pas la même sanction: «Toute prétention du client à des dommages-intérêts est exclue, pour quelque raison juridique que ce soit, notamment en ce qui concerne les dommages résultant de conseils, de l'assistance lors de la phase de mise en service des logiciels ou encore de défauts inhérents aux logiciels. Le client reconnaît être au courant des possibilités et restrictions techniques des programmes qu'il utilisera sous sa propre responsabilité».

«Bien que X ait testé les programmes décrits dans ce manuel et revu leur contenu, ni X ni ses fournisseurs de logiciels n'offrent de garantie, expresse ou tacite, concernant ce manuel et les programmes qui y sont décrits, leurs qualités, leurs performances ou leur capacité à satisfaire à quelque application particulière que ce soit».

450 Les clauses pénales

Ces clauses se définissent comme des conventions par lesquelles les parties déterminent elles-mêmes, forfaitairement, le montant des dommages-intérêts qui seront dus en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle². Il s'agit là de déroger au principe du droit commun selon lequel les dommages-intérêts sont fixés par le juge en fonction du préjudice réellement subi. La clause pénale est susceptible de remplir deux fonctions différentes: une fonction indemnitaire (réparer le dommage de manière forfaitaire) et une fonction comminatoire ou coercitive (inciter le débiteur à s'exécuter). La Cour de cassation de Belgique considère que la clause pénale conforme aux articles 1226 et suivants du Code civil ne peut avoir qu'une fonction indemnitaire³. La clause pénale comminatoire est sanctionnée par la nullité, le créancier doit demander au juge de statuer sur le dommage réellement subi, conformément au droit commun⁴.

Pour échapper à la sanction, la clause pénale doit attester son caractère indemnitaire. Cet objectif peut être atteint en spécifiant, avec précision, les dommages que la

1. Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 507 et note B. LEJEUNE; *D.I.T.*, 1990/1, p. 47 et note B. LEJEUNE.

2. Sur cette question, voir M. COIPEL, B. HANOTIAU, 'Les clauses relatives à la responsabilité contractuelle-les clauses pénales', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 283.

3. Cass., 17 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 454, note I. MOREAU-MARGRÈVE; Cass., 24 nov. 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 302, note I. MOREAU-MARGRÈVE.

4. Certains auteurs défendent cependant l'idée que la clause pénale devrait seulement être réduite et ramenée à sa fonction indemnitaire. En ce sens: W. VAN GERVEN, 'Matiging van verhogingsbedingen', *R.W.*, 1976-1977, col. 1379; M. COIPEL, B. HANOTIAU, *o.c.*, p. 290.

clause est supposée réparer. Ce faisant, il sera particulièrement difficile d'établir que la clause a une portée comminatoire.

§ 3. La répartition des droits sur le logiciel

460 La notion de propriété en matière de logiciel

Depuis l'adoption de la loi du 30 juin 1994, il ne fait plus de doute que le programme d'ordinateur est protégé «en tant qu'œuvre littéraire» par le droit d'auteur¹. C'est donc de façon impropre que certains contrats parlent de propriété sur le logiciel.

En ce qui concerne les logiciels standard, il sera rarement question de céder à l'utilisateur tous les droits de propriété intellectuelle (*voir n° 310 de ce livre*). Le développement d'un tel programme nécessite une grande puissance d'investissement; il a, par ailleurs, vocation à être distribué à plus ou moins grande échelle. Logiquement, le fournisseur souhaitera donc s'en réserver l'exploitation commerciale. Habituellement, il n'octroiera qu'une licence d'utilisation personnelle, non exclusive et strictement limitée (*voir n° 310 de ce livre*)².

Les logiciels sur mesure, quant à eux, sont spécialement développés pour les besoins propres du client. Leur conception et mise au point sont financées par lui. Il est dès lors légitime qu'il veuille acquérir des droits étendus sur ce type de programme³. Toutefois, le fait d'avoir commandé et payé le développement d'un logiciel ne signifie pas que l'on soit automatiquement titulaire des droits de propriété intellectuelle. Ceux-ci doivent faire l'objet d'une cession expresse, qui sera d'ailleurs interprétée strictement. Cela dit, il est de plus en plus rare qu'un logiciel soit élaboré «de toutes pièces». Généralement, il intègre, dans des proportions variables, un ou plusieurs programmes standard. Dans ce cas, il n'est pas certain que l'entreprise puisse obtenir cession des droits existants sur les parties standard.

En matière de logiciel, il est, en définitive, rarement question d'un transfert de propriété «pur et simple». Le plus souvent, s'instaure plutôt un partage des droits sur le logiciel. En pareille hypothèse, il est illusoire de parler de «propriété» acquise au client, alors que le fournisseur s'est réservé certains droits. Ainsi, comment parler de propriété sur le logiciel dès lors que le client serait privé de l'accès aux sources (*à ce sujet, voir nos 490 et s. de ce livre*)? La même question se pose lorsque le fournisseur s'est réservé le droit exclusif de commercialisation. En d'autres termes, il est d'ordinaire simpliste de raisonner sans nuances en termes de propriété. Les besoins de l'entreprise ne sont pas toujours les mêmes, ni ses moyens financiers. Parfois, elle aura intérêt à revendiquer tous les droits d'exploitation sur l'application développée spécialement pour elle. Mais, cette exclusivité est rarement nécessaire, d'autant que cela coûte cher et qu'elle ne dispose pas toujours des moyens humains indispensables à la bonne gestion des droits acquis. Souvent, l'entreprise a avantage au *partage des droits*: elle se contentera de certains droits sur le logiciel et consentira à ce que d'autres restent aux mains du fournisseur. On aura l'occasion d'y revenir (*voir n° 480 de ce livre*) mais, auparavant, il convient d'évoquer la notion de garantie d'éviction.

1. L. 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (*M.B.*, 27 juill. 1994, pp. 19315-19317). Pour un commentaire de ce texte, voir A. STROWEL, 'La loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur', *Ing.-Cons.*, 1994, p. 70-87.

2. Pour une analyse plus fouillée, voir *Lamy droit de l'informatique*, 1995, pp. 614 et s., nos 981 et s.

3. Pour une analyse plus fouillée, voir *Lamy droit de l'informatique*, 1995, pp. 619 et s., nos 990 et s.

470 **Un préalable au transfert des droits: la garantie d'éviction**

Il est fréquent que pour le développement d'un logiciel sur mesure, le fournisseur incorpore d'autres logiciels. Il faut donc s'assurer qu'il en ait reçu l'autorisation. Il est souhaitable qu'une clause expresse – dite de *garantie d'éviction* – protège l'utilisateur contre d'éventuelles actions en contrefaçon de brevets ou violation de droits d'auteurs qui seraient exercées contre lui.

Le fournisseur ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a. En toute hypothèse, il doit être lui-même titulaire des droits de propriété intellectuelle cédés.

Voici quelques exemples d'hypothèses contre lesquelles l'utilisateur doit se protéger: le fournisseur détient d'une société tierce un droit d'utiliser et de sous-concéder l'usage de logiciels, avec la réserve expresse que la société en reste propriétaire. En cas de transfert de droits sur ces logiciels, l'utilisateur pourrait donc être inquiété par la société propriétaire; il se peut qu'une stipulation du contrat de travail qui lie l'employé du fournisseur confère au premier les droits d'auteur sur les logiciels qu'il développe. L'utilisateur doit être protégé contre une telle éventualité car il n'a pas connaissance de l'existence de ce type de clause dans le contrat de travail d'un employé du fournisseur¹.

Idéalement, la clause qui règle la garantie d'éviction précisera le devoir du fournisseur d'intervenir en défense et à ses frais contre toute action née de contrefaçon ou violation de droits de tiers. Il convient également de prévoir l'obligation pour le fournisseur de réparer intégralement le dommage qui résulte pour l'entreprise utilisatrice d'avoir été empêchée d'utiliser le logiciel pendant un certain temps.

- Voici un exemple de clause de garantie d'éviction: «Le fournisseur garantit le client contre toute revendication éventuelle de tiers titulaires de droits intellectuels ou autres, directs ou indirects, sur tout ou partie du logiciel (ou encore: le fournisseur garantit que le logiciel n'est grevé d'aucun droit au profit de tiers et ne fait l'objet d'aucune revendication de la part de tiers).

En cas de poursuite, le fournisseur s'engage à mettre hors de cause par tout moyen la société cliente, à intervenir en sa défense et à supporter les conséquences de toute action y compris les frais et dépens.

Le fournisseur déclare que les contrats de travail de ses salariés appelés à travailler directement ou indirectement sur le logiciel fourni dans le cadre du contrat ne contiennent aucune disposition conférant aux salariés un droit d'auteur sur le logiciel. Le fournisseur s'engage à recueillir la même déclaration de son(ses) sous-traitant(s).

Si pour une des raisons évoquées ci-avant le client se trouve empêché d'utiliser les logiciels, le fournisseur modifie ou remplace à ses frais les logiciels, tout en conservant le même niveau de performance.

De son côté, le client garantit le titulaire contre les revendications des tiers concernant les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle, les procédés ou les méthodes dont il lui impose l'emploi.

Dès la première manifestation de la revendication d'un tiers contre le client ou le fournisseur, ce dernier doit prendre toutes les mesures qui sont en son pouvoir pour faire cesser le trouble. À cette même fin, les deux parties seront tenues de se prêter assistance mutuelle, notamment en se communiquant les éléments de preuve ou les documents utiles qu'ils peuvent détenir ou obtenir.

Le fournisseur s'engage à indemniser intégralement le client de toute perte ou frais quelconques résultant pour lui des violations invoquées».

1. Sur ce thème, voir B. HUBO, 'La titularité des droits d'auteur sur les logiciels écrits par un salarié. Situation en France, en Belgique et aux Pays-Bas', *Dr. inform.*, 1986, p. 151; C. SCHOEMANN et S. CAPIAU, 'Le droit d'auteur du concepteur salarié ou non salarié d'un programme d'ordinateur', *Droit de l'informatique: enjeux - nouvelles responsabilités*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1993, pp. 119 et s.

480 **Le partage des droits sur le logiciel**

Il peut arriver, on l'a dit, que les parties choisissent de répartir entre elles les droits sur le logiciel. Dans ce cas, l'affirmation pure et simple d'un droit de propriété au profit d'un des partenaires est peu judicieuse. Ceux-ci préféreront l'adoption de clauses précises et détaillées visant à déterminer les droits revenant à chacun. Les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté de cession des droits d'auteur permettent une grande variété d'aménagements dans le partage des droits sur le logiciel. On se contente ici d'en donner quelques exemples ¹.

Ainsi, l'entreprise peut réclamer des droits étendus (d'usage, de reproduction, d'adaptation, de modification...) sur le logiciel élaboré pour ses besoins propres, tout en acceptant que le fournisseur conserve son droit de distribution. Dans ce cas, il est normal que l'entreprise bénéficie d'un certain pourcentage – à négocier – des recettes induites par la commercialisation. On peut imaginer aussi que l'entreprise se contente d'un droit d'usage, complété par un droit de correction des erreurs et d'adaptation – dans la mesure où ces opérations pourraient s'avérer nécessaires à l'utilisation ² –, en permettant que le fournisseur demeure titulaire des droits exclusifs de reproduction, de modification et de commercialisation.

§ 4. *La communication des codes sources*

490 **Position du problème – Que sont les sources?**

La question de l'accès aux sources des logiciels est d'une grande importance dans la pratique. Les différends sont, à cet égard, fréquents, même si les tribunaux ne sont pas toujours saisis. On ne s'étonne pas de l'acuité du problème lorsque l'on sait ce que sont les sources et l'intérêt que l'on peut trouver à se les voir communiquer.

Le code source est le programme écrit en langage «de haut niveau» (pascal, cobol, fortran...) et compréhensible par l'homme. Traduit par un compilateur (en langage binaire), il est transformé en code objet et devient lisible et exécutable seulement par la machine. Le code source se présente sur divers supports: bandes magnétiques, disquettes, listings... Il révèle les finesses de la conception et de la programmation. Il cristallise le fruit de tout un savoir-faire, d'une expérience et d'un travail coûteux. On comprend dès lors la réticence de l'entreprise créatrice du programme à divulguer les sources.

500 **L'intérêt de l'accès aux sources**

L'accès aux sources peut, dans certaines circonstances, s'avérer capital pour l'utilisateur du programme. En effet, le code source permet de comprendre l'architecture du programme, et donc aussi de la modifier, d'apporter au programme des améliorations, des ajouts... La disponibilité des sources est également tout à fait essentielle pour assurer la maintenance du logiciel, c'est-à-dire la correction des erreurs du programme et son adaptation en fonction de l'évolution de l'environnement réglementaire ou

1. D'autres hypothèses ainsi que des exemples de clauses sont proposés in E. MONTERO, *Les marchés publics de logiciel. Guide juridique d'aide à la rédaction des cahiers des charges*, Cahiers du C.R.I.D., n° 5, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, pp. 144 et s.

2. Auquel cas, elle s'avisera de se ménager un certain accès aux codes sources. À ce propos, voir n° 490 et s. de ce livre. Voir aussi l'art. 6 de la loi précitée du 30 juin 1994.

technique¹. Il est vrai que le fournisseur assure souvent lui-même la maintenance, dans le cadre d'un contrat distinct du contrat de licence. Mais *quid* le jour où, pour quelque raison que ce soit (cessation d'activités, arrêt de la maintenance...), il n'est plus à même d'assurer cette maintenance? L'accès aux sources est donc important pour une entreprise informatisée qui ne peut souffrir de perturbations provenant d'une maintenance devenue insatisfaisante ou nulle.

Le conflit d'intérêts est évident. Le souci du client de pouvoir utiliser de façon continue et sans entrave le logiciel et son aspiration à une certaine autonomie² se heurtent aux intérêts commerciaux du fournisseur qui entend se réserver son *know how* et demeurer à l'abri du copiage.

L'objet des développements qui suivent, nécessairement succincts³, est de déterminer à quelles conditions le fournisseur peut être tenu de ménager au profit de son client un accès aux sources du logiciel. La question est envisagée exclusivement dans la relation unissant l'entreprise informatique et le client utilisateur⁴.

510 Accès aux sources et attribution des droits intellectuels

La question de l'accès aux codes sources doit être clairement distinguée de celle qui concerne la titularité des droits de propriété intellectuelle. La jurisprudence estime d'ordinaire, à juste titre, que l'obligation qui peut être faite à une société informatique de consentir un droit d'usage sur les sources ne préjuge en rien de la titularité des droits d'auteur sur le logiciel⁵. Ainsi, l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 29 novembre 1989 dissocie clairement l'accès aux sources de la question de la titularité des droits de propriété intellectuelle sur les sources: «la remise de ces codes et documents n'est pas incompatible avec la conservation de la propriété intellectuelle de l'œuvre, l'utilisateur ne pouvant en faire qu'un usage limité à l'exploitation du logiciel telle qu'elle a été définie dans les relations contractuelles, ce qui exclut toute possibilité de reproduction dans un but commercial sans le consentement de l'auteur ou de ses ayant droits»⁶.

L'utilisateur ne se voit reconnaître qu'un droit d'usage limité sur les sources. Cela veut dire qu'il ne pourra pas en user pour faire absolument tout ce qu'il souhaite, notamment améliorer le programme en vue de le commercialiser. Cette solution est certaine car si le logiciel est couvert par le droit d'auteur, sauf clause contraire, tous les

1. Sur la maintenance, cons. G. DEWULF, M. SCHAUSSE et R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel. Aspects juridiques et techniques*, Cahiers du C.R.I.D., n° 3, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, 83 p. Voir aussi n°s 580 et s. de ce livre.
2. Entendant par là la liberté d'assurer lui-même la maintenance ou du moins de choisir son partenaire informatique. À ce propos, voir G. DEWULF, M. SCHAUSSE et R. LESUISSE, *o.c.*, p. 48, n° 43.
3. Pour de plus amples développements, voir É. MONTERO, 'La communication des codes sources de logiciels. État de la question à la lumière de la jurisprudence belge et française et de la pratique contractuelle', *Revue de droit intellectuel (Ing.-Cons.)*, 1995, n°s 3-4-5, pp. 60-76. Voir aussi, en doctrine française: F. DUPUIS-TOUBOL, 'La mise sous séquestre des codes de logiciels', *Expertises*, n° 142, 1991, pp. 292 et s.; J. HUET et H. MAISL, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, pp. 405 et s., n°s 432 et s.
4. La même question se pose dans le cadre du contrat de travail passé entre un employeur et son employé s'estimant à juste titre le véritable créateur de l'œuvre logicielle. Le jour où ce dernier quitte son employeur, il peut avoir intérêt à revendiquer des droits sur les sources. On peut se demander si ses prétentions sont fondées. Pour une analyse du problème, voir E. MONTERO, *o.c.*, pp. 73-76.
5. Cf. not. Bordeaux, 24 sept. 1984, *Lamy droit de l'informatique*, éd. 1992, p. 296, n° 556 et p. 326, n° 602, obs. M. VIVANT et C. LE STANC; Trib. gr. inst. de Melun, 2 mars 1988, *D.I.T.*, 1988/4, pp. 56-62, note F. TOUBOL; Civ. Mons (réf.), 20 mars 1992, *Expertises*, n° 157, 1993, pp. 38-40, obs. V.-V. DEHIN.
6. *D.I.L.J.*, n° 7/1991, p. 39; commenté par M. VIVANT et A. LUCAS, 'Chronique. Droit de l'informatique', *J.C.P.*, E, 1990, I, 15920, p. 738, n° 6.

droits sur l'œuvre (en code objet comme en code source) reviennent au créateur, l'utilisateur n'ayant qu'un droit d'usage sur le programme.

Il semble en tout cas possible de ménager deux prétentions légitimes *a priori* contradictoires: d'une part, l'aspiration du client à pouvoir réaliser, dans les limites des droits acquis, certaines opérations nécessaires à l'utilisation optimale du logiciel (correction, adaptation, modification...) ¹ sans être à la merci du fournisseur (devenu incapable d'effectuer lui-même ces opérations ou proposant des conditions exorbitantes...), d'autre part, le souci du fournisseur de conserver la maîtrise de son produit.

Inversement, s'il y a eu cession de tous les droits patrimoniaux sur le logiciel, celle-ci emporte, selon nous, des droits équivalents sur les sources ². À défaut, l'acquéreur du logiciel ne serait pas réellement apte à exercer les prérogatives normales dans le chef d'un cessionnaire de droits intellectuels: reproduire, modifier, adapter et, le cas échéant, distribuer l'œuvre. Autrement dit, il serait illusoire d'estimer la propriété intellectuelle acquise au client qui ne disposerait pas des sources ou ne bénéficierait sur ces dernières que de prérogatives limitées ³.

520 Y a-t-il un droit à la communication des sources?

À défaut de stipulations contractuelles réglant le problème, il y a lieu de sonder l'intention commune des parties. À cet égard, la doctrine et la jurisprudence suggèrent de tenir compte de l'économie générale du contrat et de distinguer entre contrat de développement de logiciel sur mesure (a) et contrat portant sur un logiciel standard ou progiciel (b), ce qui ne permet pas toujours de trancher les nombreuses situations «frontières» (c) ⁴.

(a) Logiciels sur mesure

Lorsque le contrat porte sur la création d'un logiciel spécifique, la plupart des auteurs estiment qu'il est conforme à l'économie de la convention que le client ait un droit d'accès aux sources ⁵. Cette solution paraît équitable dans la mesure où ce type de programme est conçu et réalisé pour répondre aux besoins propres du client et selon ses spécifications, sans compter que c'est également lui qui en finance le développement. La jurisprudence tend également à considérer qu'en tout état de cause, l'utilisateur a un droit d'accès aux sources des programmes écrits spécifiquement pour lui. Quant au fondement de la solution, il est estimé que c'est au titre d'un accessoire de la prestation que le code source doit être délivré au client. Le devoir de bonne foi – et son corollaire, l'obligation d'information – sont aussi parfois invoqués.

1. À ce sujet, voir l'art. 6 de la loi déjà citée du 30 juin 1994.

2. En ce sens: P. GAUDRAT, 'Les contrats de fourniture de logiciel. Conséquences contractuelles de la loi du 3 juillet 1985', *Dr. inform.*, 1986/2, p. 60, n° 26. *Contra* apparemment: F. TOUBOL, note sous Trib. gr. inst. de Melun, 2 mars 1988, *D.I.T.*, 1988/4, p. 61.

3. Voir cependant Comm. Charleroi, 19 janv. 1993 (*J.L.M.B.*, 1993, p. 1178; *R.R.D.*, n° 68, 1993, p. 404, note E. MONTERO), qui juge, de manière trop peu nuancée selon nous, que 'les codes sources constituent donc l'aspect proprement créateur dans la mise au point d'un logiciel et restent la propriété exclusive de leur concepteur, même lorsque par la suite le logiciel est mis en vente'. Nous n'excluons toutefois pas qu'en utilisant l'expression 'mis en vente', les juges carolorégiens ont en réalité voulu signifier 'donné en licence', auquel cas nous pouvons nous rallier à l'affirmation qui est faite.

4. Voir G. DEWULF, M. SCHAUS et R. LESUISSE, *o.c.*, p. 51, n° 49.

5. Voir F. DUPUIS-TOUBOL, 'La mise sous séquestre des codes de logiciels', *Expertises*, n° 142, 1991, p. 292; J. HUET et H. MAISL, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, p. 406, n° 432; B. LEJEUNE, 'Code source et contrats de logiciel', *Dr. inform.*, 1986/1, p. 3, n° 6; A. LUCAS, *L'informatique et le droit commercial*, Actes du colloque de l'Association 'Droit et Commerce', Paris, 1979, p. 489; *Lamy droit de l'informatique*, 1995, p. 643, n° 1040.

Un jugement français en date du 2 mars 1988¹ s'est exprimé comme suit: «Attendu qu'en revanche, dans l'hypothèse de la prestation d'un logiciel spécifique, le client obtient le résultat d'un travail qu'il a spécialement commandé, auquel il a généralement participé et qui correspond à des préoccupations originales; que le prix est alors supérieur à la simple mise à disposition d'un progiciel; que l'utilisateur d'un logiciel spécifique dispose dans le cadre de cette prestation du droit de pouvoir le maintenir et le modifier en fonction de ses besoins personnels, sans devoir faire appel à la société fournisseur; qu'en conséquence, la communication des sources à l'utilisateur s'impose, les sources représentant alors un accessoire de la prestation fournie».

Comme le relève l'annotateur, «lorsque le fournisseur d'un logiciel spécifique ne souhaite pas remettre à son client les sources, il doit en conséquence le prévoir expressément dans le contrat ou décider de confier les sources à un séquestre, faute de quoi il pourrait désormais se voir contraint judiciairement de donner à son client les sources»².

Parfois, la remise des sources fait l'objet d'une clause spécifique du contrat de logiciel sur mesure, du type «*Le fournisseur fournira à l'utilisateur les programmes sources du logiciel qui ont été écrits pour lui ainsi que la documentation y afférente*». Toute difficulté d'interprétation est alors évidemment évacuée.

(b) Logiciels standard

En matière de logiciel standard ou progiciel, il semble qu'aucun droit d'accès au code source ne soit d'office reconnu. C'est ce qui ressort du jugement, déjà cité, du 2 mars 1988: «qu'en l'absence de stipulation expresse, la fourniture d'un logiciel standard n'entraîne pas automatiquement la délivrance d'une source correspondante».

Le code source d'un progiciel ne sera presque jamais communiqué au client. Commercialisé à grande échelle, un progiciel est acquis moyennant un coût très peu élevé par rapport à l'ensemble des frais de conception et de mise au point. Soucieux de se réserver l'exploitation du progiciel, dont le développement est financé par lui, le fournisseur ne souhaite pas, à juste titre, communiquer les sources au risque de faciliter le plagiat. Étant donné l'économie du contrat de progiciel, il est permis d'estimer que le fournisseur n'a pas l'obligation de les délivrer, ni au titre d'un accessoire, ni sur le fondement des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil. Doctrine et jurisprudence sont unanimes: l'absence de référence au code source dans un contrat de progiciel entraîne l'exclusion de la communication des sources³.

Toutefois, comme on l'a fait remarquer, «cette distinction n'est décisive qu'en apparence, et l'on peut s'interroger sur le sort à réserver aux progiciels développés et commercialisés à petite ou moyenne échelle, au coût élevé»⁴.

(c) Situations frontalières

Entre le logiciel entièrement développé sur mesure et le progiciel de grande série, il existe de nombreuses situations intermédiaires. D'une part, il n'est pas rare que les logiciels sur mesure comprennent plusieurs modules standard, auquel cas les sources

1. Trib. gr. inst. Melun, 2 mars 1988, *D.I.T.*, 1988/4, p. 56-62, note F. TOUBOL. Voir aussi: Paris, 9 janv. 1985, cité et commenté par M. VIVANT et A. LUCAS, 'Chronique d'actualité. Droit de l'informatique', *J.C.P.*, E, 1986, I, 15131, p. 45, n° 11.

2. F. TOUBOL, note sous Trib. gr. inst. de Melun, *o.c.*, p. 62.

3. J. HUET et H. MAISL, *o.c.*, n° 433, et les réf.; B. LEJEUNE, *o.c.*, n° 5; F. TOUBOL, 'La mise sous séquestre...', *o.c.*, p. 292, et les réf.; *Lamy Droit de l'informatique*, éd. 1995, p. 642, n° 1039. Même si l'hypothèse est rare, le fournisseur d'un progiciel peut bien entendu consentir à communiquer le code source au client. C'est ce qui a été préconisé dans la présente clause: 'L'expression «programme sous licence» signifie le programme donné en licence sous forme lisible ou susceptible d'interprétation par machine, y compris éventuellement les supports en code machine ou en code source'.

4. G. DEWULF, M. SCHAUS et R. LESUISSE, *o.c.*, p. 52, n° 50.

correspondant à certaines parties du programme pourront éventuellement ne pas être communiquées. D'autre part, certains programmes, dits standard, peuvent être adaptés ou paramétrés légèrement ou de façon très significative aux besoins particuliers de chaque client. La solution préconisée en ce qui concerne les progiciels doit être approuvée s'agissant des programmes de grande diffusion¹.

En revanche, s'agissant de progiciels paramétrés (ou adaptés), de diffusion très restreinte et au coût significatif, un droit d'accès paraît, à première vue, fondé, spécialement dans certaines hypothèses. On songe à tous les cas possibles de défaillance ou de manquement du fournisseur: cessation d'activités, arrêt de la maintenance, faillite du fournisseur, maintenance proposée à des prix prohibitifs... Sont visées, en somme, toutes les situations où, contre sa volonté, le client se retrouverait pratiquement dans l'impossibilité d'exercer, de façon utile, son droit d'usage. Chaque fois que l'utilisation d'un tel progiciel serait compromise, on pourrait soutenir que le client a un droit d'accès aux sources, reconnu sur la base des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil.

C'est ce qu'a jugé le tribunal d'instance de la Réunion par une décision du 7 janvier 1986². Un client, pharmacien, avait acheté un système informatique comprenant un logiciel. Le fournisseur refusait d'effectuer la maintenance-adaptation du logiciel devenu obsolète à la suite de modifications intervenues dans des règles de la Sécurité sociale. Le tribunal condamna le fournisseur, sous astreinte, à adapter le logiciel, en l'autorisant à se libérer de cette obligation par la livraison du listing du programme. Le tribunal prit soin d'observer que «le fournisseur ne saurait prétendre qu'il s'agissait d'un logiciel de série alors qu'il l'a réalisé seulement pour deux pharmaciens, et que, si cela avait été le cas, il l'aurait vendu bien moins cher». On note que le prix peut utilement servir d'indice du type de logiciel en cause, standard ou sur mesure³.

En fin de compte, tout peut devenir une question d'espèce laissée à l'appréciation du juge⁴. Il faut dès lors se garder en cette matière de solutions de principe trop tranchées et considérer soigneusement les circonstances de fait qui entourent chaque situation litigieuse.

530 Le dépôt des codes sources

En toute hypothèse, il est prudent de régler, par voie contractuelle, la question de l'accès aux sources. Mais cette précaution pourrait s'avérer insuffisante. Des discussions sont encore possibles sur les circonstances qui donnent ouverture au droit de consulter les sources ou sur les modalités d'exercice de ce droit, sans évoquer tous les inconvénients qui accompagnent le choix de la voie contentieuse pour le règlement de ce genre de différend. Des difficultés peuvent surgir également lorsque le fournisseur

1. On en a vu le motif: les coûts de développement sont, dans cette hypothèse, infiniment supérieurs au prix d'acquisition payé par l'utilisateur. L'obligation faite au fournisseur de divulguer les sources heurterait les usages aussi bien que l'équité. Une telle solution ne serait d'ailleurs pas viable économiquement. Aucune décision n'a admis à ce jour qu'un fournisseur puisse être contraint judiciairement de communiquer les sources d'un tel logiciel standard.

2. Résumé par J. HUET et H. MAISL, *o.c.*, p. 408.

3. À cet égard, cf. égal.: Paris (5^e ch., B), 5 juill. 1990, Aff. Cemitel, *D.I.T.*, 1991/3, p. 40.

4. L'ordonnance du 20 mars 1992 du tribunal de première instance de Mons, siégeant en référé, mérite aussi d'être mentionnée (*Expertises*, n° 157, 1993, pp. 38-40, obs. V.-V. DEHIN). En l'espèce, il s'agissait clairement de trois progiciels (Dashboard King, Unix et Dataflex) dont la demanderesse voulait se voir communiquer les sources et la documentation afin de pouvoir les expertiser pour en constater les vices allégués. Le juge accéda à cette demande en considération des circonstances de l'affaire, et spécialement 'des droits de la défense'.

a disparu ou est tombé en faillite¹. D'où l'intérêt qu'il peut y avoir d'organiser, dès la conclusion du contrat, le dépôt des codes sources auprès d'un tiers indépendant.

Lorsqu'un dépôt des sources a été organisé, l'utilisateur se voit reconnaître le droit d'accéder aux sources déposées dans les hypothèses définies au contrat².

L'objet du dépôt est constitué des codes sources généralement sur support magnétique et de la documentation y afférente³.

Ainsi qu'on l'a déjà souligné, l'accès aux codes sources s'impose surtout en cas de défaillance du créateur ou du distributeur des logiciels. Il s'agit donc de permettre à l'utilisateur de prendre en charge ou de faire prendre en charge la maintenance des logiciels dès l'instant où elle n'est plus assurée par le fournisseur ou encore en cas de cessation d'activités de ce dernier. La faillite du fournisseur constitue également une circonstance au regard de laquelle l'accès aux sources paraît crucial.

Le dépositaire peut être toute personne indépendante des parties, qui accepte de recevoir les codes sources et s'engage à les délivrer à l'utilisateur aux conditions et selon les modalités fixées dans l'accord des parties. Les notaires, les banquiers ou encore les huissiers semblent être, dans notre pays, les plus indiqués pour remplir cet office. En pratique, l'appel à leurs services reste cependant exceptionnel en la matière.

En France, il existe deux organismes spécialisés dans ce genre de dépôt: l'APP (l'Agence pour la protection des programmes) et Logitas. Le même service est offert, aux Pays-Bas, par la société Computer Uitwijk Centrum (CUC). Un organisme analogue doit encore voir le jour en Belgique.

La clause réglant l'accès aux sources comprend une série de paramètres: l'objet et la durée du dépôt; l'indication des circonstances qui ouvrent le droit de consulter les sources; les modalités de renouvellement et de dépôt des nouvelles versions; le mode de contrôle de la conformité des sources (à l'occasion du premier dépôt, mais aussi chaque fois que sont déposées les sources des nouvelles versions) et la prise en charge des frais de dépôt.

Au vu de cette énumération, qu'il soit permis d'observer combien la formule du dépôt est lourde et sa mise en œuvre laborieuse.

Voici deux exemples de clauses à insérer dans le contrat de licence du logiciel: «Le progiciel visé à l'annexe 1 a été déposé auprès de X (+ adresse) sous le numéro YYYYYYYY. L'utilisateur ayant régulièrement acquis les droits d'utilisation dudit

1. En effet, si les parties n'y prenaient garde au moment de rédiger les clauses relatives à la communication des sources, certaines dispositions d'ordre public du droit de la faillite risqueraient de rendre certaines de ces clauses inefficaces. Pour un approfondissement de la question, voir not. B. LEJEUNE, 'Code source et contrat de logiciel', *Dr. inform.*, 1986/1, p. 2-9.

2. De leur côté, les fournisseurs trouvent aussi un certain intérêt au dépôt des sources, qui les pousse de plus en plus à y procéder spontanément. En effet, dans le cadre d'actions en contrefaçon, le dépôt des sources des logiciels facilite la preuve de leur qualité d'auteur et de la date à laquelle le logiciel a été conçu. Voir F. TOUBOL, 'La mise sous séquestre...', *o.c.*, p. 293; Comm. Paris, 3 juin 1991, *Expertises*, n° 158, 1992, XIX. Remarquons toutefois que seul le dépôt notarié confère date certaine (voir art. 1328 C. civ.).

3. Il s'avère que le dépôt des seules sources est insuffisant pour permettre au client d'en user en vue d'effectuer les corrections ou modifications souhaitées. Le fournisseur doit donc également déposer les documentations techniques (dossiers d'analyse et de programmation), les dossiers plans de test, la documentation concernant l'environnement technique ainsi que la documentation utilisateur.

progiciel peut accéder au programme source, en cas d'obligation légale ou en cas de défaillance du fournisseur du programme sous le contrôle de X»¹.

«Les sources ne sont pas mises à disposition du client; le fournisseur s'engage à les déposer chez X.

Lors de chaque modification des programmes, une version actualisée sera obligatoirement déposée chez X. Le fournisseur autorise expressément X à remettre à l'utilisateur copie de la dernière version des sources déposées dans les cas suivants: arrêt de la maintenance par le fournisseur ou à la demande du client à condition qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée, cessation d'activités ou faillite».

§ 5. De quelques clauses particulières

540 La définition des performances

Au titre des facteurs de réussite de toute informatisation, doit être relevée la nécessité d'une définition claire et précise des performances attendues du système. Certains contrats – de logiciels en particulier – se risquent à les définir dans des clauses techniques. Par performances, nous entendons certaines caractéristiques et spécifications fonctionnelles qui contribuent à la qualité du logiciel, telles que la *disponibilité*, les *temps de réponse*, la *compatibilité*, l'*extensibilité*, la *portabilité*, la *sécurité*, la *convivialité* du logiciel... Il n'est naturellement pas possible, dans le cadre limité de cette étude, de définir chacun de ces termes et de rendre compte de la pratique contractuelle. Le lecteur intéressé peut se reporter à une étude antérieure que nous avons consacrée à ce sujet².

On se bornera à formuler quelques observations. Si la mise en forme contractuelle des exigences touchant aux performances est délicate, il s'agit néanmoins d'un aspect important du contrat, à ne pas négliger. Certes, la qualité d'une solution informatique est d'abord tributaire de facteurs strictement techniques: qualité de l'analyse fonctionnelle, de la conception, de la programmation... Cependant, le droit a également un rôle à jouer, qui est essentiellement de deux ordres: prévenir et sanctionner.

L'insertion de clauses judicieusement élaborées permet de prévenir certains litiges. En effet, en cas de désaccord entre parties sur l'existence ou le contenu d'une obligation, le contrat sert de référence pour les parties comme pour le juge ou l'arbitre. De nombreux conflits peuvent être ainsi évités dans la mesure où leur solution a pu être clairement anticipée lors de la conclusion du contrat.

1. Cette clause s'inspire de l'art. 6 des statuts de l'Agence pour la Protection des Programmes. Ceux-ci prévoient en réalité un contrôle par la Commission d'arbitrage de l'APP. Autrement dit, l'accès n'est autorisé qu'après étude de cette Commission aux fins de vérifier si l'utilisateur a raison d'estimer qu'il y a défaillance du fournisseur. Dans le cadre d'un dépôt en banque ou chez notaire, on peut imaginer que les parties confient au banquier ou au notaire plutôt réticent, il est vrai, à rendre ce service qui cadre mal avec sa fonction – cette tâche de vérifier si les conditions de l'accès aux sources sont réunies en l'espèce. Cet examen ne préjuge pas d'un contrôle *a posteriori* par le juge du fond. Celui-ci pourra, le cas échéant, ne pas accéder à la demande de l'utilisateur s'il estime, après examen des preuves présentées par les parties, qu'il n'y a pas réellement 'défaillance du fournisseur ni situation de blocage durable et permanente'. Jugé ainsi par le tribunal de grande instance de Paris dans une ordonnance en référé du 12 mars 1990 (*Expertises*, n° 127, 1990, p. 159).

2. E. MONTERO, 'La définition des performances dans les contrats de logiciels', *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, oct. 1990, H, pp. 7-16 (en collaboration avec J. GÉRARD). Voir aussi A. BERTRAND, 'L'indisponibilité: définition, décompte, taux et conséquences', *Expertises*, n° 75, 1985, pp. 186-188; Y. POULLET, 'Quelques réflexions sur des questions contractuelles liées à l'informatisation des entreprises', *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, avril 1990, B, pp. 3-9.

Notons que de bonnes garanties contractuelles s'expriment en termes fonctionnels. Pour s'assurer que le logiciel qui fait l'objet du contrat réponde à ses besoins, l'entreprise ne peut se contenter de clauses purement techniques (langage de programmation utilisé, structure des fichiers). Elle doit exiger des garanties de résultats fonctionnels, compte tenu de l'environnement dans lequel le programme doit tourner¹.

Dans son rôle préventif, le droit sert aussi à déterminer, en cas de survenance de difficultés techniques, des solutions de remplacement.

Enfin, pour être efficaces, les clauses relatives aux performances seront assorties de sanctions adéquates (pénalités de retard, prise en charge des frais d'écriture d'un logiciel d'interface en cas d'incompatibilité...).

550 **Publicité**

Il n'est pas rare que le fournisseur informatique souhaite faire mention du contrat à titre de publicité. Pour des motifs divers, son client peut, au contraire, ne pas souhaiter cette publicité. Il peut aussi vouloir simplement la contrôler, se ménageant la possibilité d'indiquer sous quelles formes et suivant quelles modalités il l'autorise.

Dans ce cas, il peut inscrire au contrat une clause inspirée des dispositions suivantes: «Le [fournisseur] s'engage à ne pas faire mention du contrat passé avec le client dans sa publicité et à ne pas le citer à titre de référence sans l'autorisation préalable du [client]»,

«Le [fournisseur] ne peut faire savoir ou annoncer publiquement, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, sans l'accord écrit du [client], qu'il travaille pour ce dernier»,

«Le [fournisseur] ne pourra sans l'accord [écrit] préalable du [client] annoncer publiquement les activités tombant sous le présent contrat. Il a cependant le droit de mentionner le nom de [l'entreprise utilisatrice] lorsqu'un client potentiel le lui demande».

560 **Confidentialité**

Un contrat informatique, en particulier un contrat de développement de logiciel sur mesure, implique généralement la communication de renseignements relatifs à l'entreprise concernée. Certaines informations que le fournisseur est amené à connaître peuvent être jugées confidentielles, pour autant qu'elles aient été expressément désignées comme telles. Il y a lieu dans ce cas de prévoir une obligation de confidentialité. On peut s'inspirer de la présente clause: «Le [fournisseur] et le [client] préservent le caractère confidentiel de toute information obtenue dans le cadre du présent contrat et ne peuvent la divulguer à un tiers sans l'accord écrit de l'autre partie.

Ils ne divulgueront ces informations confidentielles qu'à ceux de leurs employés qui sont directement impliqués par l'exécution du contrat ou qui utilisent le logiciel; ils garantissent que ces employés connaissent et respectent les obligations concernant le caractère confidentiel des informations».

1. Voir Y. POULLET, 'Droit et sécurité informatique', *Data Decisions* 91, 1989, p. 51.

570 Non-débauchage

Il peut arriver que l'entreprise ayant développé un logiciel sur mesure au profit d'un client désire le commercialiser vers d'autres entreprises confrontées à des besoins similaires. En ce cas, elle peut être tentée de «débaucher» un employé de son client rompu à l'utilisation dudit logiciel¹. Si ce risque est pressenti, il peut être utile d'inscrire au contrat une clause dite de «non-débauchage», éventuellement assortie d'une clause pénale afin d'en accroître l'efficacité².

1. Ce risque peut exister en sens inverse, auquel cas c'est l'entreprise informatique qui veillera à restreindre l'engagement de son personnel par ses clients.

2. À ce propos, voir J. HOORENS, *Les contrats de développement de logiciel sur mesure*, Précis de la Faculté de Droit de Namur, n° 5, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, p. 180.

Chapitre 2. Autres contrats de l'informatique

SECTION 1. LE CONTRAT DE MAINTENANCE

580 **Présentation**

Le matériel informatique – comme tout équipement similaire (machines, photocopieuses...) – nécessite un entretien régulier. Celui-ci est effectué dans le cadre des services de maintenance, préventive et curative, qui ont pour objet de remédier aux pannes éventuelles. À cet égard, le domaine informatique ne présente pas d'originalité particulière¹. Dans la suite de l'exposé, on s'attachera davantage à la maintenance de logiciel, dont certaines spécificités méritent d'être soulignées².

Au moment où il est fourni, un logiciel comporte normalement encore un certain nombre d'erreurs ou bogues. Les différents tests existants ne suffisent généralement pas à les éliminer complètement. Le travail de localisation et de correction des erreurs est long et difficile, sans compter qu'il comporte toujours le risque d'entraîner d'autres erreurs. Les prestations de maintenance sont dès lors essentielles. En moyenne, le coût de la maintenance d'un logiciel représente entre cinquante et soixante pour cent des coûts totaux induits par ce logiciel (le montant restant est constitué par le prix du développement).

L'entreprise cliente sera parfois à même d'assurer elle-même la maintenance du logiciel, à condition de disposer du nombre suffisant d'informaticiens qualifiés, d'une documentation importante, complète et précise, et des programmes-sources. En effet, si ces conditions sont réunies, la maintenance pourra normalement être assurée par des personnes distinctes de celles qui ont conçu et développé le logiciel. Dans ce cas, bien entendu, il n'est question ni de clauses relatives à la maintenance (inscrites dans le contrat de logiciel), ni de contrat distinct de maintenance.

Mais le plus souvent, la documentation produite lors du développement est insuffisante ou le personnel qualifié pour effectuer la maintenance fait défaut. La maintenance devra alors être assurée par le concepteur du logiciel ou par un groupe de personnes dont au moins une a participé au développement du logiciel.

En plus de la correction des erreurs, la maintenance couvre d'autres réalités très nécessaires. Aussi convient-il de distinguer divers types de maintenance.

§ 1. Les différents types de maintenance

590 **La maintenance-correction**

Celle-ci tend à éliminer les erreurs ou défauts (encore appelés bogues), du programme livré.

Plusieurs définitions de l'erreur sont possibles. Il faut éviter les définitions restrictives du type: «anomalies par rapport aux spécifications techniques du programme», ou «anomalies par rapport aux spécifications explicitement définies du

1. À ce propos, lire E. DE LOPHEM et O. CRUYSMANS, 'Les clauses particulières au contrat de maintenance', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, pp. 389 et s.

2. Pour une étude circonstanciée sur ce thème, voir G. DEWULF, M. SCHAUS, R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel. Aspects juridiques et techniques*, ouvrage précité.

programme». La difficulté de ces définitions est qu'elles exigent une énumération exhaustive de toutes les spécifications pour que l'utilisateur soit couvert. C'est hasardeux et peu sûr!

Il est conseillé d'adopter une *définition fonctionnelle de l'erreur* du genre: «toute anomalie empêchant le programme de donner des résultats conformes aux *fonctions* contractuellement prévues». Cette définition est beaucoup plus intéressante pour l'utilisateur car ici le prestataire interviendra pour procéder à toutes les corrections *utiles* au bon fonctionnement du logiciel. L'adoption de cette définition implique que ces fonctions aient été soigneusement précisées dans les clauses du contrat.

600 **La maintenance-adaptation**

Ce type de maintenance couvre les modifications à apporter au logiciel en fonction de l'évolution de l'environnement réglementaire ou technique.

Un logiciel peut, en effet, être très vite dépassé en raison de modifications légales ou réglementaires. Ainsi la *maintenance-adaptation «légale»* vise l'adaptation du logiciel à ce type de modifications, imposées au client: nouvelles dispositions salariales, comptables, fiscales...¹.

Il se peut aussi que, techniquement, certains éléments informatiques aient évolué, indépendamment de la volonté de l'entreprise: version plus performante du système d'exploitation, ajout d'une unité de disques. Cela peut entraîner l'obligation de modifier les programmes d'application pour les rendre aptes à fonctionner sur une configuration plus développée. La *maintenance-adaptation «technique»* vise l'adaptation du logiciel à des changements éventuels de la configuration informatique.

L'entreprise doit se demander, en fonction des caractéristiques du logiciel et, plus généralement, du système, si elle a besoin de la maintenance-adaptation. Elle doit également évaluer, notamment en considération de son budget, l'ampleur et les limites qu'elle entend assigner à ce service.

610 **La maintenance-évolution**

Ce volet de la maintenance est destiné à couvrir des *besoins nouveaux* du client, motivés par l'implantation de traitements nouveaux ou par l'évolution de la configuration.

Alors que la maintenance-adaptation concerne les changements imposés, indépendamment de la volonté du client, la maintenance-évolution couvre des demandes nouvelles, voulues par lui.

En cours d'usage d'un logiciel, les utilisateurs découvrent couramment qu'il pourrait faire l'objet d'améliorations qualitatives. Des besoins nouveaux peuvent aussi apparaître, inconnus lors de la conclusion du contrat. L'entreprise peut souhaiter que ces opérations visant à étendre les capacités d'un logiciel, soient prises en charge par le fournisseur au titre de la maintenance. Dans ce cas, elle a intérêt à ce que ce dernier s'engage déjà dans son offre à répondre à ces éventuelles demandes nouvelles.

1. Voir en jurisprudence, Civ. Namur, 26 avril 1990, *R.R.D.*, n° 56, 1990, p. 489, et la note de E. MONTERO, 'Contrat de logiciel et changement de législation' (pp. 493-499). Cette décision illustre bien l'intérêt des clauses dites de maintenance-adaptation. En l'espèce, un changement intervenu dans la législation INAMI avait rendu obsolète le logiciel à peine fourni.

620 **Les nouvelles versions**

Enfin, un mot doit être dit des «nouvelles versions» d'un programme (*release* ou *up-grade*). Les nouvelles versions constituent des rééditions de logiciels, comprenant les corrections et améliorations apportées à l'état précédent. L'utilisateur a, en principe, intérêt à pouvoir les obtenir, sauf si elles créent des problèmes d'incompatibilité. En effet, elles sont de qualité supérieure et plus performantes puisqu'elles intègrent les corrections d'erreurs effectuées dans le cadre de la maintenance-correction et sont actualisées en fonction du contexte légal et réglementaire.

La maintenance des logiciels se fait, le plus souvent, moyennant la fourniture de nouvelles versions. Dans ce cas, une clause relative à celles-ci est d'ordinaire intégrée dans le contrat de licence.

Du moment qu'il a conclu un contrat de maintenance, l'utilisateur a *en principe* droit aux nouvelles versions, à titre gratuit. Pour lever toute ambiguïté, il est conseillé d'inscrire cette prérogative dans une clause du contrat et d'en régler l'exercice. Il s'agit d'être doublement attentif:

1. Très souvent, et cela paraît légitime, le prestataire exigera que la nouvelle version soit utilisée afin de ne pas devoir maintenir plusieurs versions simultanément. Cette obligation lui évite aussi de devoir pratiquer des interventions coûteuses – en temps et en personnel – sur un logiciel déclassé. Le prestataire stipulera donc que les obligations de maintenance ne porteront que sur la nouvelle version. Il peut cependant exister des problèmes temporaires d'adaptation. L'utilisateur a donc intérêt à prévoir qu'il pourra disposer d'une *période de transition* – pendant laquelle le logiciel et la nouvelle version tournent en parallèle – pour régler ces problèmes d'incompatibilité et amortir des frais de reconversion (s'ils sont à sa charge).
2. D'autre part, un logiciel est très souvent intégré dans un ensemble plus vaste de logiciels. Une nouvelle version est donc susceptible de désorganiser le fonctionnement du système. L'utilisateur doit dès lors se ménager le *droit de refuser* une version incompatible, qui provoque une désorganisation importante et prolongée du système. Si sa position est suffisamment forte, il peut obtenir que le prestataire s'engage à fournir des nouvelles versions *compatibles* avec les autres programmes utilisés, notamment ceux du système d'exploitation. Cela revient à prévoir que les frais éventuels de reconversion sont à charge du prestataire.

Ni la loi, ni la jurisprudence ne consacrent un droit certain à la maintenance¹. Celle-ci doit donc être soigneusement réglée contractuellement.

§ 2. *Analyse contractuelle*630 **Point de départ du contrat de maintenance**

Le candidat à l'informatisation a intérêt à négocier ses contrats de maintenance dès la période des discussions relatives aux contrats de fourniture, afin que la maintenance soit effectuée dès la mise en place du système.

Une question fondamentale est celle de la prise d'effet du contrat de maintenance. Il se peut que certaines prestations de garantie à charge du fournisseur découlent du

1. Pour plus de nuances, voir G. DEWULF, M. SCHAUSSE et R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel. Aspects juridiques et techniques*, o.c., pp. 19 et s.

contrat de fourniture¹ et que, dès lors, il n'y ait pas lieu à mettre en œuvre le contrat de maintenance. En effet, «les fournisseurs de logiciels s'engagent généralement à corriger les défauts constatés, pendant un certain délai et à leurs frais»², dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la garantie de bon fonctionnement. Ces prestations gratuites, qui s'apparentent à des prestations de maintenance-correction, visent à assurer la délivrance progressive, au gré des défauts détectés, du logiciel faisant l'objet du contrat³. Lorsque la garantie conventionnelle prévoit des modalités d'intervention équivalentes à celles proposées dans le contrat de maintenance, le client a intérêt à stipuler que: «Le contrat de maintenance prend effet à l'échéance de la période de garantie conventionnelle».

Si les prestations prévues au titre de la maintenance dépassent celles résultant de la garantie conventionnelle (délais d'intervention plus courts...), «le fournisseur sera payé pour le service qu'il aura rendu mais les redevances resteront réduites par rapport à celles qui seront versées après la période de garantie»⁴.

On sera attentif à ne pas laisser démarrer un contrat de maintenance, alors que l'utilisation des systèmes et logiciels qu'il a pour objet n'est pas encore effective.

Ces observations traduisent la nécessité d'assurer la corrélation entre le contrat de fourniture et le contrat de maintenance, quelle que soit l'identité du prestataire de maintenance.

640 **Durée du contrat de maintenance et résolution**

Le contrat de maintenance peut prendre la forme d'un contrat à durée déterminée: «Le présent contrat est conclu pour un an, renouvelable par tacite reconduction».

Il peut être conclu pour une durée indéterminée. Dans cette hypothèse, on veillera à ce que l'utilisateur bénéficie d'un délai de préavis suffisant, afin de rechercher un autre fournisseur capable d'assurer la maintenance⁵.

«Le contrat de maintenance prend effet à l'issue de la période de garantie pour se terminer 12 mois plus tard. À l'issue de cette période le contrat de maintenance se poursuivra par période d'un an sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties en respectant un préavis de 3 mois avant la fin de la période en cours».

«À la signature des présentes, un contrat de maintenance est obligatoirement conclu entre les parties pour une période de un an. Cette maintenance pourra être renouvelée annuellement par tacite reconduction, sauf dénonciation par l'une des parties trois mois avant l'échéance annuelle».

«Le présent contrat et ses annexes sont conclus pour une durée indéterminée. Le client peut, à tout moment, les résilier en respectant un préavis de 60 jours. Le fournisseur peut suspendre l'exécution de ses prestations en respectant un délai de préavis de 60 jours et en motivant sa décision».

1. L'analyse du contrat de fourniture en une vente ou en un louage pourrait en outre conduire à l'application de la garantie légale contre les vices cachés.

2. G. DEWULF, M. SCHAUS, R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel. Aspects juridiques et techniques*, o.c., p. 30.

3. *Ibid.*

4. I. DE LAMBERTERIE, 'Le contrat de maintenance', *Acheteurs*, juin 1988, p. 12.

5. E. DE LOPHEM, O. CRUISMANS, 'Les clauses particulières au contrat de maintenance', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, o.c., p. 397.

Il faut être attentif aux circonstances qui peuvent entraîner la suspension des prestations de maintenance, voire la résolution du contrat¹. À cet égard, on relève la clause suivante: «Le prestataire ne sera pas tenu de fournir la prestation de maintenance si d'une façon générale le client ne respecte pas ses obligations dues au titre du présent contrat».

Si cette clause n'est en fait que la traduction de l'exception d'inexécution, il s'avère dangereux de laisser au prestataire la pleine appréciation de ce qui constitue un manquement aux obligations du client. Il convient de préciser les circonstances et les délais dans lesquels la maintenance peut être suspendue. Ainsi, la clause qui permet au fournisseur de suspendre toutes prestations après un délai de huit jours suite à une mise en demeure de payer est perçue comme injuste et inutile²; elle laisse le client démuni et, à terme, elle se retourne contre le prestataire³. Un délai de minimum un mois semble plus indiqué, il devrait permettre le rapprochement des parties et le rétablissement de la confiance nécessaire à toute opération de maintenance. Durant ce délai, il peut être intéressant de convenir de l'intervention d'un tiers médiateur.

650 Conditions d'intervention et modalités d'exécution de la maintenance

Le prestataire subordonne généralement son intervention à certaines conditions, dont certaines sont liées à l'attitude du client. La présente clause illustre cette assertion: «Le fournisseur est libéré de toute obligation de services au titre du présent contrat de maintenance dans les cas suivants:

- mauvais usage du produit.
- cas de force majeure, notamment inondations, tremblements de terre, grèves, émeutes, guerres.
- réparations, travaux de maintenance, modifications, déplacements effectués par du personnel n'appartenant pas au fournisseur ou sans la direction ou l'approbation du fournisseur.
- choc inhabituel, dommage électrique, inondation, incendie, négligence, défection de l'air conditionné ou du contrôle d'humidité, environnement corrosif susceptible d'endommager les circuits électriques, dommages se produisant pendant le transport du produit par le client ou toute autre cause inhabituelle.
- non respect des spécifications de l'environnement.
- utilisation d'accessoire ne respectant pas les spécifications du fournisseur».

Dans le prolongement de ces exonérations, se pose la question de savoir si le client peut compter sur l'aide du prestataire en cas d'incident ayant pour origine une faute du client. Lorsque le contrat dispose que «le fournisseur n'est pas responsable si l'indisponibilité provient du mauvais usage du matériel», on peut penser qu'en pareil cas le fournisseur n'est pas tenu d'intervenir, ce qui ne fait pas l'affaire du client. De plus, ce type de clause suggère que pour obtenir l'intervention du prestataire, le client

1. Il n'est pas rare que les parties insèrent dans leur contrat une clause qui prévoit la résolution de plein droit du contrat en cas de violation de celui-ci. À défaut d'une telle clause, la résolution ne pourrait être obtenue qu'en justice (art. 1184 C. civ.). Il est en tout cas souhaitable de préserver l'équilibre des parties quant aux modalités de la résolution pour faute. Voir X. THUNIS, 'Les clauses particulières au contrat de maintenance de logiciel', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, p. 420.

2. A. WEBER, 'Contrat de maintenance. Plaidoyer pour contractualiser le raisonnable', *Expertises*, 1992, p. 385.

3. Comm. Paris, 19 juin 1992, *Expertises*, 1992, p. 386. Dans cette affaire, la suspension rapide de la maintenance n'a fait qu'amplifier les difficultés de l'entreprise qui s'est rapidement trouvée en faillite. Cette entreprise contestait avoir à payer pour les prestations de maintenance en invoquant la compensation.

doit, au préalable, établir que l'indisponibilité provient bien d'un défaut et non d'un mauvais usage.

Pour assurer au client, même fautif, une garantie d'intervention quelle que soit l'origine de la panne, il est préférable de stipuler:

1. «Le fournisseur est toujours tenu d'intervenir quelle que soit l'origine de l'indisponibilité.
2. La rémunération au titre de la maintenance ne couvre pas les remises en état et les interventions dues à une faute du client ou causées par l'emploi d'un matériel non conforme aux règles figurant dans les documents fournis. Ces interventions donneront lieu à une facturation séparée conformément au barème annexé au contrat»¹.

La maintenance peut prendre les formes les plus diverses². Toutes les conditions et modalités des interventions devront être prévues en détail dans le contrat. On peut ainsi prévoir une gradation dans les prestations de maintenance: «L'assistance se fera par téléphone, puis par voie télématique, si au vu des informations fournies par le client, la difficulté peut être résolue par ces moyens. Si ces modes d'intervention ne sont pas possibles, l'intervention se fera sur place par un technicien du prestataire qui s'y rendra dans les 24 heures de l'appel du client».

Le temps d'intervention apparaît comme un facteur important. Il y a lieu de prévoir le mode de calcul des délais ainsi que la disponibilité du service de maintenance en dehors des heures de bureau.

660 Les modalités de paiement

L'obligation du client de payer les redevances constitue la contrepartie des obligations de maintenance à charge du prestataire.

S'agissant de la maintenance du matériel, on observe, le plus souvent, que le client est tenu de payer un prix qui comprend deux composantes: «d'une part, une redevance qui est fixe par définition, et qui couvre la maintenance préventive; d'autre part, une redevance, en principe variable, en fonction du recours au service de maintenance curative»³.

S'agissant de la maintenance-correction de logiciel, on tiendra compte des caractéristiques du logiciel pour déterminer le mode de fixation des redevances. Si le logiciel est relativement neuf, peu éprouvé, la solution du forfait est probablement la meilleure. Par contre, si le logiciel est fort diffusé et a donc été testé par de nombreux utilisateurs, le client trouvera son intérêt dans une tarification en régie (en fonction d'un tarif horaire qui aura été accepté et annexé au contrat), dans la mesure où le risque de dysfonctionnement est réduit⁴. Les parties peuvent encore préférer une solution mixte: un forfait à concurrence d'un certain nombre d'heures et au-delà un tarif horaire.

Le contrat de maintenance étant le plus souvent un contrat de longue durée, il faut prévoir la possibilité de révision des prix et les modalités de fixation du nouveau prix ou du nouveau barème par le client.

1. Sur la question du prix de la maintenance, voir ci-après.

2. Télémaintenance, assistance par téléphone, déplacement du prestataire sur le site du client, envoi d'une version corrigée,...

3. E. DE LOPHEM, O. CRUISMANS, *o.c.*, pp. 397 et 398.

4. X. THUNIS, 'Les clauses particulières au contrat de maintenance de logiciel', in M. COIPEL, Y. POULLET et alii, *o.c.*, pp. 405-406.

SECTION 2. LE CONTRAT DE *FACILITIES MANAGEMENT*670 **Présentation**

Le *facilities management* est une figure contractuelle originale de l'informatisation de l'entreprise¹. Il ne s'agit plus pour l'entreprise d'accueillir l'informatique dans ses murs, mais, au contraire, d'externaliser celle-ci. «Il s'agit de confier à des sociétés spécialisées en informatique, la gestion et l'exploitation de l'informatique d'une entreprise dont le métier n'est pas l'informatique»². L'exploitation du système informatique d'une entreprise par autrui peut prendre les formes les plus diverses. Ainsi, le contrat de *facilities management* sera un contrat à géométrie variable dont le contenu diffère en fonction de la situation de chaque client et des objectifs poursuivis³.

680 **Définition et nature juridique**

D'une manière générale, le *facilities management* peut être défini comme «un contrat de services consistant dans la prise en charge de la gestion de tout ou partie du système informatique d'un client ou d'un ensemble de clients avec ou sans délocalisation et dans le cadre d'une solution contractuelle pluriannuelle»⁴.

Cette définition générale laisse entrevoir les multiples visages que peut prendre le *facilities management*⁵. L'essentiel sera de s'entendre sur les modalités propres à chaque contrat de *facilities management*. Schématiquement, les prestataires de *facilities management* proposent deux formules de contrat. Soit un contrat limité à la gestion opérationnelle et à l'optimisation des moyens informatiques d'une entreprise, cette formule, encore appelée *facilities management* d'exploitation, repose sur un engagement de performance portant sur la bonne exploitation des applications du client. Soit un contrat plus étendu où le prestataire prend globalement en charge le système informatique du client pour s'engager sur ses fonctionnalités; ce contrat prévoit la conception et le développement d'application; il peut aller jusqu'à la réalisation complète d'une fonction de l'entreprise⁶.

Cette diversité ne nous empêche pas d'identifier des constantes, à savoir qu'il s'agit toujours pour le prestataire de réaliser une tâche, de manière indépendante, à titre onéreux, sans mécanisme de représentation⁷. Ces caractéristiques nous permettent d'identifier la nature juridique de ce contrat. À n'en pas douter, il s'agit d'un louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise (*art. 1710 C. civ.*)⁸.

1. La terminologie utilisée en cette matière est encore fluctuante. Il est fait appel à d'autres appellations *plus ou moins* équivalentes, telles qu'externalisation, *outsourcing*, infogérance... Voir l'intéressant dossier consacré à l'infogérance in *Banque*, n° 565, 1995, pp. 21-35.

2. F. DUPUIS-TOUBOL, F. VERGNE, 'Le contrat de Facilities Management', *J.C.P.*, éd. E, 1993, I, pp. 111 et s.

3. F. DUPUIS-TOUBOL, F. VERGNE, *o.c.*, p. 112.

4. Guide Syntec informatique, reproduit dans le formulaire *Lamy droit de l'informatique*, n° II, 19.

5. Portant sur l'exploitation d'un système informatique, le contrat de *facilities management* se distingue des contrats de fourniture d'énergie informatique, de gérance d'exploitation et de service-bureau en ce qu'il a pour objet la prise en charge de la globalité d'un système.

6. S. ROZENFELD, 'Contrat de facilities management. Des pratiques à géométrie variable', *Expertises*, 1992, p. 213.

7. *Lamy droit de l'informatique*, n° 1235, p. 745.

8. Sur le régime du contrat d'entreprise, voir Livre 35.

§ 1. Les éléments clés du contrat de *facilities management*

690 **Objet du contrat**

L'identification des tâches confiées au prestataire nécessite, au préalable, que l'on procède à la description de l'exploitation informatique qui est transférée. Il s'agit de déterminer ce dont dispose le client au moment où il envisage le contrat de *facilities management*. Comment se présente son «informatique» et quelles en sont les performances? La réponse à cette question est, le plus souvent, confiée au prestataire, qui procédera à un audit pour apprécier les conditions de réalisation du transfert. «L'idéal bien évidemment consiste à effectuer cet audit de manière précontractuelle et contradictoire afin de l'annexer au contrat en tant que cahier des charges»¹. Si les parties n'envisagent cet audit qu'après la conclusion du contrat de *facilities management* proprement dit, il faut prévoir dans ce contrat la possibilité d'abandon de l'opération, en cas de désaccord entre les parties sur le résultat de l'audit. En effet, le client se trouverait dans une posture délicate si, désapprouvant totalement l'analyse initiale du prestataire, il est déjà engagé dans les liens d'un contrat de *facilities management* avec ce dernier.

Ensuite, il appartiendra aux parties de circonscrire les tâches attendues du prestataire, c'est-à-dire de fixer avec précision l'objet même du contrat. À cet égard, la définition des performances sur lesquelles s'engage le prestataire est un élément important du contrat. La détermination des engagements du fournisseur en termes de performances peut permettre de caractériser une obligation de résultat du fournisseur, alors qu'en droit commun celui-ci n'est tenu, en principe, qu'à une simple obligation de moyens².

Au titre des résultats attendus, le contrat peut prévoir le taux de disponibilité du système, la continuité de l'activité, la fréquence réduite des incidents, les temps de réponse, le calendrier de fourniture des prestations, le volume des traitements, l'adaptation à l'évolution technologique... D'une façon générale, les résultats attendus seront souvent définis par rapport au niveau de performances atteint avant le transfert³. Les parties peuvent convenir de pénalités qui viennent sanctionner tout défaut d'exécution de la part du prestataire.

700 **Durée du contrat**

Le contrat de *facilities management* s'inscrit dans la durée. La réalisation du transfert est à ce point lourde et importante que le contrat sera conclu pour une longue période. Soit sous la forme d'un contrat à durée déterminée. La durée minimale du contrat en pareil cas sera de trois ou quatre ans. Des clauses de tacite reconduction pour des durées fixées par avance (deux ans, voire davantage) sont généralement insérées⁴. Soit sous la forme d'un contrat à durée indéterminée. Dans cette hypothèse, le contrat est résiliable à tout moment par chacune des parties. La nature du contrat commande qu'un préavis d'une durée significative soit prévu, à tout le moins au bénéfice du client, pour permettre de trouver une solution de remplacement.

1. F. DUPUIS-TOUBOL, F. VERGNE, *o.c.*, p. 112.

2. *Ibid.*

3. S. ROZENFELD, *o.c.*, p. 214.

4. *Lamy droit de l'informatique*, n° 1235, p. 746.

710 Evolutivité

Inscrit dans la durée, le *facilities management* ne doit pas moins rester au goût du jour. C'est la raison pour laquelle il y a eu lieu d'insérer dans le contrat des «clauses d'évolution», qui détermineront comment prendre en compte l'évolution des besoins et des techniques. Lorsqu'une évolution est souhaitée par l'une ou l'autre des parties, il convient d'organiser une concertation et de prévoir les conséquences financières. Ainsi, «si une nouvelle configuration matérielle est mise en place, le contrat doit permettre de déterminer qui fera l'acquisition de la nouvelle configuration, si la charge financière en sera répercutée sur le prix des prestations et si le client pourra récupérer cette configuration en fin de contrat»¹. Dans l'hypothèse où le prestataire souhaite modifier la configuration matérielle ou logicielle accueillie pour des raisons qui lui seraient propres, on veillera à convenir du maintien du niveau de performances².

720 Réversibilité

Les clients qui optent pour le *facilities management* s'inquiètent fréquemment du caractère quelque peu irréversible de l'opération. Le transfert des matériels et logiciels implique rapidement la disparition du savoir-faire au sein de l'entreprise. Dès lors, le risque est grand pour le client d'être à la merci de son partenaire et de se retrouver en difficulté, si le contrat venait à n'être pas reconduit à son terme normal ou s'éteignait prématurément³.

L'introduction d'une clause de réversibilité et la fixation des modalités de cette dernière permet de pallier cette difficulté. Cette réversibilité conventionnelle peut se définir comme «la faculté et le pouvoir concret pour le client de reprendre, ou faire reprendre par un prestataire autre, la conduite de son informatique»⁴. Une telle faculté suppose que le contrat définisse les obligations de coopération et d'assistance en fin de contrat, ainsi que les modalités de transfert des moyens nécessaires à la reprise de l'exploitation informatique⁵. Ainsi, les clauses: «Le prestataire s'engage à réinstaller le système informatique chez le client et à le faire redémarrer avec son personnel».

«Le prestataire s'engage à remettre au client les données qui le concernent et à l'aider en nature et en durée à reconstituer chez lui le système».

Au-delà de la réversibilité contractuelle, les parties doivent s'assurer de la réversibilité technique de l'opération de *facilities management*: le prestataire de *facilities management* doit avoir les moyens de reconstituer l'informatique du client. Le client, pour sa part, doit être un tant soit peu associé aux grandes étapes du *facilities management*, sans quoi toute reprise future se révélerait illusoire.

1. F. DUPUIS-TOUBOL, F. VERGNE, *o.c.*, p. 113.

2. *Lamy droit de l'informatique*, n° 1235, p. 746.

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

5. F. DUPUIS-TOUBOL, F. VERGNE, *o.c.*, p. 113. Il s'agira de prévoir le sort des équipements, repris ou rachetés au prestataire, celui des applications développées, des fichiers, de la documentation, des archives, etc.

§ 2. Les modalités d'exécution du contrat

730 Lieu de la prestation

Selon les contrats, il y aura ou non délocalisation de l'informatique. On peut identifier trois formules. Dans le premier cas, le service informatique du client reste sur son site, le prestataire apportant ses ressources (outils, méthodes, hommes, etc.). Dans le second cas, l'informatique de l'entreprise cliente est transférée dans le centre de traitement de la société de service. La machine de la société cliente est installée chez le prestataire et ne tourne que pour elle. Dans le dernier cas, les traitements et éventuellement les logiciels du client sont hébergés sur le système du prestataire. Le client opte ainsi pour une solution en ressources partagées¹.

740 Droits sur les éléments transférés²

Le transfert du service soulève inévitablement la question de l'éventuel transfert des droits relatifs aux éléments qui le composent³. Il appartiendra aux parties de décrire, dans le contrat, les moyens matériels et logiciels qui seront transférés au prestataire et de prévoir leur sort juridique.

S'agissant des matériels, la convention devra décider si la propriété en est acquise ou non au prestataire⁴. À cette question est liée celle de la charge des risques (vol, destruction,...). Les parties seront attentives à s'entendre sur les questions de maintenance et d'assurance.

S'agissant des progiciels, il y aura lieu de vérifier soigneusement, licence par licence, si le client peut ou non transférer librement l'exploitation des logiciels en cause au prestataire de *facilities management*. En présence d'une clause d'incessibilité dans la licence d'utilisation, le prestataire devra conclure à son profit les nouvelles licences correspondantes.

S'agissant de logiciels spécifiques commandités par le client et réalisés à son profit avant l'opération projetée de *facilities management*⁵, il convient, à nouveau, de vérifier les droits dont il est titulaire aux termes du contrat de développement souscrit. Si, selon le contrat, il est titulaire des droits de propriété intellectuelle sur le logiciel et a obtenu la disposition matérielle des sources, aucun problème ne se posera lors du transfert au prestataire. Il suffit d'insérer au contrat une clause par laquelle le client concède au prestataire le droit d'utiliser, voire d'adapter les logiciels déterminés pour les besoins du contrat. Si seuls des droits limités ont été consentis au client, l'accord du concepteur sera requis pour pouvoir transférer le logiciel au prestataire de *facilities*

1. S. ROZENFELD, *o.c.*, p. 215. Dans l'hypothèse d'une délocalisation, le client sera sensible à la distinction faite entre les deux solutions évoquées. Il convient que le contrat précise si l'exploitation informatique se fait sur des machines dédiées au client ou si, au contraire, les mêmes machines ou le même site peuvent abriter des prestations informatiques réalisées pour des concurrents.

2. Le transfert du service informatique du client vers le prestataire peut entraîner de nombreuses conséquences pour le personnel qui jusqu'alors assurait l'exploitation du service. Vu l'importance de cette question, nous reviendrons sur ce problème de droit social que soulève le *facilities management* dans la suite de notre exposé.

3. Cette question est d'autant plus sensible lorsque le contrat de *facilities management* suppose le déplacement matériel du système informatique du client vers le site du prestataire. En pareille hypothèse, les parties veilleront en outre à s'entendre sur les modalités physiques du déplacement.

4. *Lamy droit de l'informatique*, n° 1235, p. 747.

5. Autre est la question du sort des applications spécifiques qui seront réalisées après et pour les besoins du *facilities management*, par le prestataire ou par une société tierce. Il importe que les parties s'entendent sur cette question dans le contrat de *facilities management* en ayant à l'esprit les exigences propres à l'éventuelle réversibilité de l'opération de *facilities management*. Voir *Lamy droit de l'informatique*, n° 1235, p. 747.

management. Soulignons le danger que peut présenter la clause: «Le client s'engage à obtenir des propriétaires des logiciels l'autorisation pour le prestataire de les exploiter pour compte du client».

Le client a tout intérêt à rechercher ces autorisations avant la conclusion du contrat de *facilities management*. En effet, si le contrat est conclu, il se trouve à la merci des exigences financières du concepteur du logiciel. Sa situation est encore plus délicate si le concepteur refuse d'autoriser l'utilisation des logiciels par le prestataire.

S'agissant de bases de données et de fichiers dont disposait le client, les parties régleront dans le contrat de *facilities management* les effets de leur transfert.

750 Questions de droit social liées à l'opération de *facilities management*

Existe-t-il une obligation légale de reprise par le prestataire du personnel du client affecté au service informatique transféré?

L'opération de *facilities management* est de nature à modifier fondamentalement l'organisation administrative et sociale de l'entreprise cliente. Lorsque celle-ci dispose d'un service informatique interne, l'opération de *facilities management* implique des décisions quant au transfert de tout ou partie du personnel du client antérieurement affecté à son service informatique. À cette occasion, se pose la question de l'application des dispositions réglementaires impératives relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert conventionnel d'entreprise¹. Il s'agit de la convention collective n° 32bis du 7 juin 1985² transposant en droit belge la directive européenne 77/187 du 14 février 1977³. Ces dispositions affirment le principe de maintien des contrats de travail en cas de «transfert conventionnel d'entreprise»⁴, le corollaire de ce principe étant l'interdiction de licenciement à l'occasion du transfert⁵.

L'opération de *facilities management* pourrait tomber sous le coup de ces dispositions si l'on considère que cette opération s'apparente à la cession conventionnelle «d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise»⁶. Si l'on ne conçoit pas que la cession en cas de *facilities management* puisse concerner l'ensemble de l'entreprise, puisque seule «l'informatique» de l'entreprise est transférée, on doit se demander si le transfert opéré à l'occasion du contrat de *facilities management* ne s'apparente pas à un transfert conventionnel «d'une partie d'entreprise».

Que vise-t-on par partie d'entreprise? La Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le caractère décisif pour établir l'existence d'un transfert d'entreprise ou de partie d'entreprise est celui du maintien de l'identité de l'entité économique⁷.

1. Pour un aperçu général de cette problématique: V. BERTRAND, *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise. La directive européenne et les droits belge, français et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1988; M. JAMOULLE, 'Droit européen et cession d'entreprise', *Seize leçons sur le droit du travail*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, pp. 209-219.

2. C.C.T. n° 32bis du 7 juin 1985, rendue obligatoire par l'A.R. du 25 juillet 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait du transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite ou concordat judiciaire par abandon d'actif, *M.B.*, 9 août 1985.

3. Directive du Conseil de l'Union européenne du 14 févr. 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *J.O.C.E.*, n° L 61/26, du 5 mars 1977.

4. Art. 7 C.C.T. n° 32bis du 7 juin 1985, A.R. 25 juill. 1985: Les droits et obligations qui résultent pour le cédant de contrats de travail existant à la date du transfert au sens de l'art. 1^{er}, 1^o, sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

5. Art. 9 C.C.T. n° 32bis du 7 juin 1985, A.R. 25 juill. 1985.

6. Art. 1 C.C.T. n° 32bis du 7 juin 1985, A.R. 25 juill. 1985.

7. C.J.C.E., 14 avril 1994, *J.T.T.*, 1994, p. 282; C.J.C.E., 19 mai 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 369.

Ainsi, il y aura transfert d'une partie d'entreprise si une entité économique, qui a gardé son identité, est transférée¹. Pour apprécier s'il y a effectivement transfert d'une entité économique, il faut prendre en compte toutes les circonstances de fait caractérisant l'opération et procéder à une évaluation d'ensemble². Ces circonstances sont, par exemple, «le degré de similarité d'activités exercées avant ou après le transfert, le transfert ou non des éléments corporels, tels les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise»³.

Ainsi, les parties au contrat de *facilities management* devront se demander si l'opération projetée ne constitue pas le transfert d'une entité économique, ce qui impliquerait dès lors le respect des dispositions protectrices des travailleurs, en cas de transfert conventionnel d'entreprise.

1. Ph. GOSSERIES, note sous C.J.C.E., 14 avril 1994, *J.T.T.*, 1994, p. 283.

2. *Ibid.*

3. C.J.C.E., 19 mai 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 369, point 24.

Bibliographie

- BUYLE, J.-P., 'Aspects contractuels relatifs à l'informatisation', *Droit de l'informatique: enjeux-nouvelles responsabilités*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 213-302.
- COIPEL, M., POULLET, Y. et alii, *Le droit des 'contrats informatiques'. Principes-Applications*, Bruxelles, Larcier, 1983.
- DEWULF, G., SCHAUS, M., et LESUISSE, R., *La maintenance de logiciel. Aspects juridiques et techniques*, Cahiers du C.R.I.D., n° 3, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989.
- DUPUIS-TOUBOL, F., VERGNE, F., 'Le contrat de Facilities Management', *J.C.P.*, éd. E, 1993, I, n° 225, pp. 111-115.
- GLINEUR, P., *Droit et éthique de l'informatique*, Coll. À la rencontre du droit, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, spéc. pp. 163-178, n°s 252-277.
- MONTERO, E., 'La communication des codes sources de logiciels. État de la question à la lumière de la jurisprudence belge et française et de la pratique contractuelle', *Revue de droit intellectuel (Ing.-Cons.)*, 1995/3-4-5, pp. 60-76.
- MONTERO, E., GERARD, J., 'La définition des performances dans les contrats de logiciels', *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, oct. 1990, H, pp. 7-16.
- POULLET, P. et Y., 'Les contrats informatiques. Réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française', *J.T.*, 1982, pp. 1-9; pp. 17-26.
- VIVANT, M., LE STANC C. et alii, *Lamy droit de l'informatique. Informatique-télématique-réseaux*, Paris, Lamy, 1995, spéc. pp. 495-956, n°s 729-1535.

Index

A

Acceptation (de l'offre) 200
 Action (en justice)
 – en revendication 470
 Agréation 370-390, 410
 Apport (en société)
 – de branche d'activité 750
 Autonomie des volontés 090, 210, 280, 360, 480, 520

B

Bonne foi 100-110, 140, 170-180, 200-210, 400, 520
 Brevet d'invention 470

C

Cahier des charges 060, 090, 130, 190, 690
 Cause étrangère libératoire 420, 440, 650
 Cessation d'activité 500, 520-530
 Clause
 – abusive 430
 – de parfaite information 140, 420
 – de révision 660
 – des quatre coins 080, 210, 420
 – pénale 180, 450
 Codes sources 370, 460, 490-530, 580
 Compatibilité 080-090, 540, 620
 Compensation 640
 Condition
 – potestative 430
 – résolutoire 090
 – suspensive 090
 Conditions générales 180
 Consensualisme 170
 Consommateur (protection du ~) 430
 Consultance 060-070, 090, 150
 Contrat
 – clé en mains 070, 170, 270
 – exécution du ~
 voir *Exécution (du contrat)*
 – formation du ~ 100-220
 – inexécution du ~ 440
 – informatique 010-750
 – négociation du ~ 100-220, 630
 – nullité du ~ 080-090, 110, 140, 430
 – objet du ~ 420
 – preuve du ~ 190
 – qualification du ~ 230-350

– résolution du ~

 voir *Résolution (du contrat)*

Contrat d'entreprise 260-300, 340, 390, 680
 Contrat de travail 470, 500, 750
 Contrefaçon 470
 Crédit 090

D

Dol 110, 140, 210, 430
 Dommage 110
 – réparation du ~ 410-420, 440, 470
 Dommage et intérêts compensatoires 400, 450
 Droit
 – d'auteur 460-480, 510
 – intellectuel (de la propriété industrielle) 310-320
 – réel 310

E

Erreur 110, 140
 Exception d'inexécution 640
 Exécution (du contrat)
 – en nature 400
 – instantanée 330
 – successive 330

F

Facilities management 050, 670-750
 Faillite 500, 530
 Faute 110, 140, 180-190, 650
 – grave/lourde 140, 210, 420-430
 Force majeure
 voir *Cause étrangère libératoire*

G

Garantie
 – d'éviction 470
 – des vices cachés 310-320, 410-420, 630
 – du vendeur 630

H

Hardware 050, 070-100, 150, 180, 250, 370-380, 580, 660, 710-720

I

Informatisation de l'entreprise
voir *Contrat informatique*

L

Leasing 090, 250, 290
Licence 070, 310-350, 460, 480, 500-520,
620, 740
Licenciement 750
Livraison (de biens) 370-410, 630
Location (contrat de ~)
– mobilière 070, 250, 290-300, 330,
350
– financement
voir *Leasing*
Loi
– impérative 430
– supplétive 230
Logiciel
voir *Programme informatique*

M

Maintenance 070-090, 500-530, 580-660
Matériel informatique
voir *Hardware*
Mise en demeure 400, 640

O

Obligation (contractuelle)
– de moyen 420, 440, 690
– de renseignement 100-170, 520
– de résultat 420, 540, 690
Offre 200

P

Préavis
– délai de ~ 110, 640, 700
Programme informatique 050-090, 150,
170-180, 260, 300-350, 370-380, 440,
460-540, 580-660, 680, 720

Publicité commerciale 550

R

Réception
voir *Agréation*
Résolution (du contrat)
– judiciaire 080-090, 400, 640
– unilatérale 640
Responsabilité
– contractuelle 420-450
– délictuelle 110, 180, 320, 420-450
– du travailleur 430
– exonération de ~ 140, 420-440
– limitée 180, 420-440
Restitution 330

S

Secret professionnel 560
Software
voir *Programme informatique*
Système informatique 050-060, 270, 370,
680-690, 710

T

Tacite reconduction 640, 700
Tarif 660
Transfert
– de propriété 310-320, 460

U

Unbundling 70-80

V

Vendeur professionnel 130, 150, 170
Vente (contrat de ~) 070, 250, 270-310,
410
Vice (de la chose)
– apparent 390, 410
Vice du consentement 110
Violence 110